



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU

FACULTAD DE DERECHO

**CREACION DEL DELITO DE ROBO
AGRAVADO CON ALEVOSIA
COMO TIPO AUTONOMO**

T E S I S

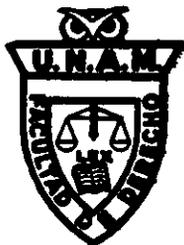
**PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

FRANCISCO JAVIER LOPEZ CORREA

A S E S O R:

LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA



MEXICO, D. F.

OCTUBRE 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
MÉXICO

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 CORREA FRANCISCO JAVIER, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, la tesis profesional intitulada "CREACION DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO CON ALEVOSIA COMO TIPO AUTONOMO", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, 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 exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "CREACION DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO CON ALEVOSIA COMO TIPO AUTONOMO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno LOPEZ CORREA FRANCISCO JAVIER.

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., 30 de octubre del 2000

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADOS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL

GRACIAS

A DIOS

GRACIAS SEÑOR POR DARME LA BENDICION DE
PODER TERMINAR ESTA ETAPA EN EL CAMINO QUE ME TIENES
TRASADO, TE AGRADEZCO TODAS TUS BENDICIONES.
TE AMO MI SEÑOR

PORQUE EL DA LA SABIDURIA
Y DE SU BOCA VIENE
EL CONOCIMIENTO Y LA INTELEIGENCIA

PROV 2.6

MEJOR ES ADQUIRIR
SABIDURIA QUE ORO PRECIADO;
Y ADQUIRIR INTELIGENCIA VALE MAS QUE
LA PLATA.

PROV. 16:16

A MIS PADRES

A TI PAPA: PORQUE EN TODO MOMENTO
ME IMPULSASTE A SEGUIR ADELANTE,
POR TU APOYO, PREOCUPACION Y SOSTENIMIENTO.
A TI MADRE: PORQUE ESTUVISTE CONMIGO GUARDÁNDOME
EN TU CORAZON.

A LA UNIVERSIDAD
QUE SE CONSTITUYO EN AQUELLA TIERRA FERTIL
A LA QUE LLEGUE COMO LA SEMILLA
QUE GERMINA Y CRECE BAJO EL CUIDADO Y CULTIVO
DE LOS CONOCIMIENTOS Y ORIENTACION
QUE ME IMPARTIERON MIS PROFESORES, PARA
QUIENES GUARDO EL MAS ALTO DE LOS
RECONOCI,MIENTOS.

A MI ASESOR Y PROFESOR
LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA

POR SU ENSEÑANZA, SU GUIANZA, Y POR
TODO EL TIEMPO QUE ME DEDICO EN LA ELABORACION
DE ESTE TRABAJO.

TTE COR. RUBEN SANCHEZ VARELA
AMIGO QUE SIEMPRE ME EDIFICO CON SUS
CONSEJOS GUIANDOME EN SABIDURIA Y AMOR. MUCHAS
GRACIAS HERMANO MIO

A TI SARITA:
POR TU GRAN AMOR, IMPULSO, COMPRESION Y APOYO.
PORQUE ESTUVISTE CONMIGO EN LOS MOMENTOS
QUE MAS TE NECESITE.

GRACIAS PRECIOSA

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I ROBO	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS	
1.1) CONCEPTO	5
1.2) DERECHO HEBREO	8
1.3) DERECHO ROMANO.....	12
1.4) DERECHO GERMÁNICO.....	14
1.5) DERECHO ESPAÑOL.....	15
1.6) DERECHO MEXICANO.....	18
A) ÉPOCA PREHISPÁNICA	19
B) 5ÉPOCA COLONIAL	23
C) MÉXICO INDEPENDIENTE	25
CAPITULO II ANÁLISIS DOGMÁTICO -DELITO - ROBO GENÉRICO	
2.1) CONCEPTO	47
2.2) ASPECTOS POSITIVOS.....	49
A) CONDUCTA	49
B) TIPICIDAD	64
C) ANTIJURIDICIDAD.....	82
D) CULPABILIDAD.....	91
2.3) ASPECTOS NEGATIVOS.....	112
2.4) CLASIFICACION	135

CAPITULO III AGRAVANTES DEL DELITO DE ROBO

3.1) CONCEPTO DE AGRAVANTE	136
3.2) CLASIFICACION DE AGRAVANTES	154
3.3) VIOLENCIA FISICA	160
3.4) VIOLENCIA MORAL	163
3.5) PUNIBILIDAD EN EL ROBO	166
3.6) ATENUANTES	169

CAPITULO IV ROBO AGRAVADO CON ALEVOSIA. ARTICULO 371 FRACCION III

4.1) CONCEPTO	175
4.2) PUNTOS COMPARATIVOS	177
4.3) COLISION DE NORMAS PENALES	182
4.4) ASPECTOS POSITIVOS	189
4.5) ASPECTOS NEGATIVOS	194
4.6) TIPO AUTÓNOMO O COMPLEJO	184
4.7) PROPUESTA	
A) TIPO ESPECIAL Y AUTONOMO	219
4.9) CONCLUSIONES	224
4.10) BIBLIOGRAFÍA	228
4.11) ANEXOS	231

INTRODUCCION

Al hablar del delito de robo, debemos remontarnos al tiempo en el cual surge la propiedad privada, y a consideración de los grandes historiadores esta etapa da inicio desde que el hombre se hizo sedentario, y de que comenzó a criar animales y a cultivar las tierras; otros autores afirman que este periodo comienza desde la aparición del hombre mismo; sin embargo la esencia de este delito, es el que se le considera dentro de aquellos delitos que atentan contra el patrimonio.

En nuestra actual sociedad, nos enfrentamos a una gran problemática, que es la inseguridad social y la falta de credibilidad en nuestras Instituciones Jurídicas, e incluso en el Estado de Derecho en el que actualmente vivimos, lo cual provoca un gran movimiento Legislativo que tiene por objeto reprimir las diversas conductas que son contrarias a derecho y que a la vez lesionan gravemente el orden previamente establecido, así como la seguridad pública; a pesar de ello dichas conductas van en aumento debido a diversas causas, tal es el caso específico del delito de Robo, el cual se ha mostrado como uno de los delitos Patrimoniales dolosos de más frecuencia en nuestra época, dando con ello origen a diversas conductas que incluso no se encuentran contempladas en nuestra actual Legislación Penal, por lo que el Legislador se ha visto en la necesidad de seguir ampliando la tendencia Legislativa modernizadora, siendo objeto esta de diversas y variadas reformas.

Reformas que han sido motivo de numerosas conferencias y ciclos de actualización los cuales han criticado como aprobado algunas de ellas; en específico en materia penal.

El 18 de marzo de 1996, el Poder Ejecutivo Federal, presentó una iniciativa de Ley, para reformar, derogar y adicionar diversas disposiciones previstas tanto en el Código Penal como en el Código de Procedimientos Penales, ambos para el Distrito Federal, iniciativa que después de ser aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de mayo del mismo año, entró en vigor al día siguiente de su publicación.

Por lo que la finalidad del presente trabajo es llevar a cabo un estudio respecto de los elementos típicos integrantes del delito de robo, ya que de la correcta adecuación entre lo establecido por la norma y la conducta desplegada, se aplicara de una manera estricta el precepto que deberá regirla y sancionarla tal y como lo establece la ley sustantiva de la materia y así tratar de establecer el alcance normativo de esta adición, como determinar las diversas cuestiones llevadas a la practica.

Así también es necesario el aclarar que el estudio realizado respecto al latrocinio establecido en la última parte del artículo que nos ocupa, se refiere a las consideraciones que hemos adquirido por la experiencia práctica y los estudios doctrinarios en relación a este tópico, y que si bien es cierto, que no dejan de ser meras consideraciones personales, también recordemos que los asuntos que vienen a constituir la Jurisprudencia son los criterios lógico-jurídicos de los litigantes presentados ante la Justicia Federal, ya lo mencionó en alguna ocasión un Ministro en un arranque de sinceridad que la " Jurisprudencia la hacen los litigantes "

CAPITULO UNO ROBO**ANTECEDENTES HISTÓRICOS****1.1 CONCEPTO**

El delito de Robo es considerado, dentro de aquellos delitos que atentan contra el patrimonio; siendo estos los que ofenden de modo predominante intereses que tienen por objeto los bienes pertenecientes a una persona, susceptibles de apreciación económica.

Se entiende por patrimonio en el Derecho Privado, la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria, pertenecientes a una persona.

El patrimonio plenamente concebido, está constituido por aquel plexo de cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular, siendo integrado éste por todas las cosas que puedan ser objeto de apropiación, incluso aquellas que no tienen un valor estimable en dinero. En los delitos patrimoniales escribe Peco "no sólo se ataca el derecho de propiedad, en la acepción del Derecho Civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y aún la mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios y los bienes materiales de valor económico. Todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son efecto de la tutela.¹

Al patrimonio se le ha considerado por diversos autores como; "el conjunto de bienes útiles para la satisfacción de las necesidades humanas"; o bien "como el conjunto de derechos o de relaciones jurídicas de contenido económico pertenecientes a una persona".

En cuanto a la posesión se le ha considerado como "la tenencia de una cosa o el goce de un derecho que uno tiene, sea por sí mismo, sea por otro que tiene en su poder la cosa

¹ Proyecto del Código Penal de 1942, P 275.

o ejerce el derecho en nombre de él"; "Es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad o de otro derecho real "

Para comprender más esto citaremos a diversos autores, que sin ignorar a muchos mas, nos dan sus diversos conceptos en cuanto al delito de robo, y al respecto tenemos que:

Para el Maestro Francesco Carrara el hurto, es " la contracción dolosa, de una cosa ajena, hecha contra la voluntad de su dueño (invito domino), y con intención de lucrar con ella ".²

En este mismo sentido, Maggiore, señala que el hurto " consiste en el hecho de quien se apodera de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas al que las retiene con el fin de sacar provecho de ellas para sí o para otros ".³

Martínez de Castro, encargado de la Comisión redactora del Código Penal de 1871, expresó; "queriendo la comisión acomodarse al lenguaje común en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desecho de sus proyectos admitiendo en el, únicamente la primera de estas dos denominaciones, como se ha hecho en otros Códigos".

El Maestro Porte Petit, afirma; "para que pueda considerarse responsable al sujeto, del delito de robo debe apoderarse de la cosa ajena, mueble sin derecho y sin consentimiento; apoderarse de ella cuando tiene sobre la misma una detentación subordinada u obtenerla por medio de la violencia moral ".⁴

Por hurto nos dice el Diccionario razonado de Don Joaquín Escriche que es " La sustracción fraudulenta de la cosa ajena sin voluntad del dueño con ánimo de ganar el dominio, la posesión o el uso de ella. El hurto solo puede recaer sobre las cosas muebles. En el modo común de hablar se suele confundir el hurto y el robo, de manera que estas dos palabras se toman indistintamente para designar una misma cosa; pero hablando con propiedad y exactitud, hay notable diferencia entre una y otra. El hurto se hace con fraude y a escondidas, sin que tal vez se aperciba el dueño hasta mucho tiempo después de ejecutado; y el robo se comete con violencia, intimidando al dueño o poseedor con armas o amenazas ".⁵

² Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis. Colombia 1991, 6ª edic. p 13.

³ Maggiore Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis. Colombia 1989, 3ª Edic. p 14.

⁴ Porte Petit Candauadap Celestino. Robo simple. Editorial Porrúa. México 1989. 2ª edic. p 5

⁵ Escriche Joaquín. Diccionario razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forance. Editorial Porrúa. México. p 629.

Al respecto nos define este mismo autor en su obra que por robo se entiende " el acto de quitar o tomar para sí con violencia o fuerza la cosa ajena, diferenciándose del hurto en que se comete encubiertamente y aquél públicamente, este sin fuerza y aquél con ella; de modo que en el robo no sólo se priva al dueño de lo que le pertenece, como en el hurto, sino que además atenta a su tranquilidad intimidándole con armas o amenazas: por lo cual debe castigarse el robo con mas rigor, que el hurto. Sin embargo en la practica se suele usar indistintamente las dos palabras como si fueran sinónimas ".⁶

Asimismo al contemplar esta definición de robo, dicho autor nos indica que al delito de robo lo identifica como sinónimo de rapiña definiéndonos esta última como "El acto de arrebatar violentamente la cosa ajena con ánimo de hacerla propia.- la rapiña o robo sé diferencia del hurto en el modo y en la pena: En el modo, porque el hurto se hace encubiertamente, y la rapiña se ejecuta abiertamente o con violencia: En la pena, porque la del hurto es el cuádruplo o duplo según su especie de manifiesto o no-manifiesto, y la de la rapiña es siempre el triplo".⁷ Bien que estas penas del triplo, duplo y cuádruplo, se han substituido en la practica por el resarcimiento de daños y perjuicios en todos los casos; además que al respecto comentaremos al entrar al punto correspondiente al Derecho Romano.

Respecto a las definiciones, dadas por los diversos autores, es necesario hacer hincapié, en que nuestra legislación inspirada en el Código de Bonaparte, no establece una diferenciación entre hurto y robo; sin embargo, no todas las legislaciones siguieron este criterio.

De lo anteriormente manifestado cabe hacer mención que el concepto de robo abarca tres hipótesis:

- a) Cuando el sujeto va a la cosa, apoderándose de la misma;
- b) Cuando tiene sobre la misma una determinación subordinada y no una posesión derivada se apropia de ella;
- c) Cuando obtiene del sujeto pasivo la cosa, a base de la bis moral.⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al concepto de robo, ha determinado: " Robo es el apoderamiento de una cosa mueble, ajena, la usurpación (invito

⁶ Ibidem p 629.

⁷ Ibidem Op. Cit p 670.

dominio) de la posesión verdadera, con sus elementos simultáneos y concomitantes de corpus y ánimos " " Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley ".⁹

Para nosotros el delito de robo, consiste " En la apoderación de una cosa ajena mueble, sobre la cual se carece de derechos o bien no se cuenta con el consentimiento de la persona que pueda disponer de ella de acuerdo con la ley ".

EL DELITO DE ROBO A TRAVÉS DE LA HISTORIA

Este delito, debemos remontarlo al tiempo en que surgió la propiedad privada, la cual para muchos autores se considera, a partir de que el hombre se hizo sedentario y comenzó a criar animales y a cultivar las tierras; sin embargo algunos autores como Francesco Carrara, opinan "que el hecho de que algunos grupos de hombres se hayan dedicado a la pesca o a la caza, no significa que no hayan tenido idea de lo que es el dominio; es decir, ellos utilizaban armas, como arcos, flechas, redes, etc., las cuales consideraban como propias y no dejaban que ningún otro hombre se las quitará, en consecuencia podemos decir que el robo es un delito tan arcaico como la humanidad misma."¹⁰

12 DERECHO HEBREO

El Derecho Hebreo, siempre ha estado íntimamente ligado con la religión, por motivo del cual la codificación Hebrea se encuentra recopilada en los libros Levítico y Deuteronomio, (entre 600 y 900 años A. C.), de las Sagradas Escrituras.

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

⁹ Porte Petit Candauap Celentino. Ob. Cit. p 5.

⁹ Ibidem Op. Cit p 5.

¹⁰ Carrara Francesco. Ob. Cit. p 13.

Dentro de la civilización Hebrea que norma la vida del hombre, y muy particularmente en el tema que nos ocupa; podemos encontrar cosas como las siguientes, por ejemplo, en el capítulo 20, versículos 1,6,15 y 17 del libro del Éxodo se establece: " ... Y hablo Dios todas estas palabras, diciendo: Yo soy Jehová tu Dios... y hago misericordia a millares, a los que me aman y guardan mis mandamientos... no hurtarás... no codiciaras la casa de tu prójimo, no codiciaras la mujer de tu prójimo, ni su siervo, ni su criada, ni su asno, ni cosa alguna de tu prójimo ".¹¹

Asimismo en el Pentateuco, en el libro Levítico, capítulo 19, versículos 11 y 13, dice: " no hurtaréis, ni mentréis el uno al otro ..., no oprimirás a tu prójimo ni le robaras. no retendrás el salario del jornalero ... " ¹²

Por lo que es a través de la lectura Bíblica, encontramos los primeros lineamientos de normas de conducta al indicarnos que: " aquel que hace la voluntad de Dios, nada malo podrá pasarte, más aún, no sólo le librare y prosperaré aquí en la tierra, sino, con la seguridad de la vida eterna, tal y como se desprende del siguiente texto: " pagad a todos los que les debéis: al que tributo, tributo., al que impuesto, impuesto., al que respeto., respeto., al que honra, honra., no debáis a nadie nada, sino el amaros unos a otros., porque el que ama al prójimo, ha cumplido la ley.

Porque: no aduiteraras, no mataras, no hurtaras, no dirás falso testimonio, no codiciaras y cualquier otro mandamiento, en esta sentencia se resume: " Amaras a tu prójimo como a tí mismo ".

En cuanto al robo se refiere, se estipulaba, que " asimismo el que robare una persona y la vendiere, o si fuere hallada en sus manos morirá ".¹³ Otro castigo consistía, en que la persona que robaba, no sólo restituía lo robado, sino que además debía otorgar una compensación; " Cuando alguno hurtare buey u oveja, y lo degollare o vendiere, por aquel buey pagará cinco bueyes, y por aquella oveja cuatro ovejas ".¹⁴

Asimismo se consideraba como robo "si fuere hallado con el hurto en la mano, vivo, sea buey o asno u oveja, pagará el doble ".¹⁵

¹¹ Casidoro de Reina y Cipriano de Valera. La Santa Biblia. Editorial Vida, 1992. 8ª edic. p 86

¹² Ibidem. p 120

¹³ Ibidem p 76

¹⁴ Ibidem. P 76

¹⁵ Ibidem. P 77

De lo anterior se puede deducir que el pueblo Hebreo fue el primer creador de leyes, utilizadas como fuerza normativa consuetudinaria y legislativa, ya que toda la vida del hombre giraba en torno a Dios y Dios mismo, les debe las reglas sociales por las cuales ellos en obediencia y fidelidad lograban la vida eterna y solución a sus problemas que se presentaban en sus vidas cotidianas.

DERECHO ROMANO

Es muy singular el hecho de que dentro del delito de hurto, se comprendían los delitos, ahora conocidos como abuso de confianza y fraude, entre otros, por tener un elemento común, que era el ataque lucrativo contra la propiedad.

El hurto era en el Derecho Romano "el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión. (Paulo L1- 3 D. D. De Furt. XLVII).

Este delito supone la reunión de las condiciones siguientes:

- 1.- Es preciso un hecho, (*Contrectatio rei*), es decir el acto de coger una cosa para apoderarse de ella, y también el hecho de apropiársela, de disponer de ella (*Gayo III, 195*). Así entran en el " *Furtum* " no solamente la sustracción de la cosa ajena, sino también el acto del depositario que se niega a restituir al propietario el objeto del deposito.
- 2.- Es preciso, que al hecho se una la intención fraudulenta, el "*Affectus Furandi*", es decir, la conciencia en el ladrón de obrar en fraude de los derechos de un tercero y cometer un hurto. No hay, pues, hurto si se quita la cosa ajena creyendo tener derecho (*I, 5, de usucap. II. 6*).
- 3.- Es preciso, que el acto se haya realizado contra la voluntad del propietario, "*Invito Domino*". aún cuando al apoderarse fraudulentamente de una cosa se ha creído obrar contra la voluntad del propietario, no hay hurto si en realidad el propietario lo conciente (*Gayo, III, 198. I*).

4.- En fin, es preciso, que el autor del acto tenga intención de sacar provecho, "lucrí, faciendi gratia", si ha querido perjudicar a otro, pero sin lucrarse puede hacerse culpable de otro delito, pero no hay hurto (L. 27- 25 D:AD, leg. Aquil IX. Z).¹⁶

En el antiguo Derecho Romano, no se hacía distinción entre robo o hurto, cometido con o sin violencia, pero posteriormente se hizo esa distinción denominando al robo sin violencia como hurto; y al robo con esta como rapiña, situación que se comentó en el inicio del presente trabajo.

En el Derecho Romano, se concebía al robo como un delito privado, concediendo la acción únicamente al perjudicado, ya fuera propietario, poseedor, o quien tuviera interés en que no se distrajera el bien jurídico.

Por otro lado en la "Ley Cornelia de Sicariis", se impusieron penas muy duras contra el robo con violencia, castigándolo con la pena capital, por medio de la horca o de las "bestias",

Justiniano, consideró al hurto como la sustracción fraudulenta y sin violencia, y mandó castigarlo con penas diferentes a la mutilación o la muerte.

Aunque en el Derecho Romano, la noción de "Furtum" abarcaba las más diversas modalidades de sustracción patrimonial, siendo en principio un delito privado, posteriormente y por obra del Derecho Pretorio, se fueron separando las figuras más graves, para pasar a la categoría de delitos públicos, sobre todo en los casos de violencia en las personas.¹⁷

En Roma a causa de la muy grande consideración en que se tenía la propiedad privada, el hurto fue uno de los delitos mejor elaborados por la jurisprudencia en su configuración jurídica. A la ley de los "Decenviros" se debe la primera distinción entre "Furtum manifestum", o flagrante, y "Furtum nec manifestum"; se castigaba el primero con la esclavitud para el hombre libre y a los esclavos precipitándolos desde una roca (praecipitatio a saxo), y el segundo con la pena del duplo, otras distinciones fueron las del hurto interceptado, combatido e impedido (Furtum conceptum, oblatum, prohibitum).¹⁸

Más tarde desaparecieron estas distintas configuraciones, y el hurto se hizo delito privado punible con penas pecuniarias; a la víctima del robo se le dejaba elegir entre la "Actio poenalis ex furto" y la "Conditio furtiva", encaminadas a recuperar las cosas robadas.

¹⁶ Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa. México 1997. 13ª ed. p 473

¹⁷ López Betancourt Eduardo. Delitos en particular. Editorial Porrúa. México 1997. Tomo I 4ª ed. p 251 y 252.

Pero la determinación del hurto como figura criminal autónoma se realizó únicamente bajo el Imperio, al separarse este delito de otros análogos, como el "peculatus, hurto", cometido por un funcionario público etc.

En la Ley de las XII tablas, se dividía el delito en "Furtum manifestum" y "Furtum Nec Manifestum", figuras que se distinguían en el hecho de que se sorprendiera infraganti o no, respectivamente al agente del delito.

Paulo, manifestó, que el hurto es "Furtum est contrectatio fraudulosa rei alienae, lucrifaciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibuitur esse admittendum" "hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, con el fin de lucrarse, o con la cosa misma, o con su uso o posesión, hechos que nos prohíbe admitir la ley natural".¹⁹

La rapiña, o sea el robo con violencia, sobre las personas, se contraponen al hurto simple, así como el arrebatar una cosa a la fuerza y abiertamente. (Rapere vi et palam), se contraponen a la sustracción clandestina y oculta (Contrectare clam et occulte). Al principio fue considerada como un simple "delictum privatum", que daba lugar a la "Actio vi bonorum raptorum" o a la pena del cuádruplo.²⁰ Después fue atalada por el crimen de violencia (crimen vis), y durante el imperio, ante formas más graves de este delito, los ladrones y salteadores (ladrones et grassatores) eran castigados, según la ley Cornelia sobre los sicarios (lex cornelia de sicariis), con la horca o echándolos a las fieras (damnatio ad bestias).²¹

En el Derecho Romano el concepto posesión comprendía fuera del hecho de tener y ejercer el derecho la intención de tener la cosa por sí mismo sin depender de otro (possessio corpore o corpus) (animus possidendi o animus).

En este delito se incluían como elementos del robo, la cosa, la cual debía ser un bien mueble, quedando implícitos los esclavos; la sustracción de la misma en la cual se consideraba el "Furtum Rei", cuando el sujeto hacía maniobras sobre un objeto ajeno, con la intención de apropiarse de él. También se comprendía el "Furtum Usus", cuando el agente se sobrepasaba del derecho que tenía sobre la cosa, sin el ánimo de apropiarse de ella. Y por último, el "Furtum Possessionis", cuando el propietario de una cosa que había consentido a otro usarla, violaba este derecho; la defraudación consistente en que el agente efectuara el delito

¹⁸ Idem. p 253

¹⁹ Giuseppe Maggiore. Ob. Cit. p 8. Op. Cit. digesto, 47, 2, de furtis, fr 1 & 3

²⁰ Ibidem p 8. Inst. 4, 2, Vi bon, rapt & 1.

²¹ Ibidem p 8. Digesto 48, 6, ad legem iuliam de vi publica fr 3 && 2, 3, 5, digesto 48, 19, de poens. Fr 28 && 10 y 15.

con la intención de un enriquecimiento ilegítimo; y el perjuicio, es decir, que de la comisión del delito resultará dañado algún bien de otra persona.

1.4 DERECHO GERMÁNICO

El Derecho Germánico, concibió también el hurto, como sustracción de cosas muebles ajenas, y distinguió entre hurto clandestino o en sentido propio (*Dieb stahl*) y hurto violento o Robo (*Raub, Robbaria*), la pena era casi siempre pecuniaria, graduable según el valor de lo robado. Y cuando concurrieran agravantes minuciosamente previstas, podía imponerse la pena capital, que se aplicaba al reincidente reiterado, o de modo preciso, al que recaía en el tercer hurto.²²

En el Derecho Germánico, se conoce la distinción entre hurto y robo, pero se entendía por robo el de violencia en las personas solamente.

El Derecho Germánico no castigo, sino cuando constituía una grave perturbación de la paz. La gravedad de sus consecuencias permaneció como criterio de acriminación en el derecho intermedio; se le castigaba con penas pecuniarias. El derecho posterior configuro los daños como delito autónomo.

A diferencia del Derecho Romano, el Derecho Germánico dio la mayor importancia al daño causado, mientras aquél a la intención. Después llegó a distinguir entre los delitos voluntarios e involuntarios; para los primeros la venganza privada, para los segundos la composición. Finalmente en cuanto a ésta fueron perfilándose tres distintos capítulos: "pago a la víctima en concepto de reparación del daño (*Wergeld*), a la familia como rescate del derecho de venganza para cancelar la pena (*Buse*) y a la comunidad como pena adicionada al *wergeld* (*Friedegeld*)."²³

En un principio el Derecho, era considerado como de orden de la paz, por consiguiente, su violación representaba la ruptura, de la paz, que se clasificaba en total o parcial, según se tratará de delitos públicos o privados. En los casos de ofensa pública el culpable podía ser matado por cualquiera, si lo hacía el poder público, tenía el carácter de expiación religiosa; cuando se trataba de delitos privados, se producía la "Fajda" (el estado de necesidad), no sólo contra el ofensor, sino contra la "sippe", formada por la familia a la que el ofensor pertenecía. La

²² Giuseppe Maggiore, *Op. Cit.* p 9

²³ Carranca y Trujillo Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1997, 19ª edc. p 96 y 97

faida, era pues, una pena establecida en el interés privado, por la cual su ejecución quedaba en manos de la familia de la víctima, para lo que no sólo era un derecho sino un deber.

Tiempo después, no sólo se asigna ya a la pena carácter expiatorio, sino que descansa en la idea de la venganza del poder público, la autoridad pública se ha consolidado y tiende a circunscribir la faida. De esta época son la ley de "Liutprando" y la de "Raquilaño y el edicto de Rotario"²⁴. El Estado sólo reprime los hechos contrarios a sus propios intereses; primero se imponen a la faida ciertas limitaciones para evitar que la venganza sea desproporcionada, luego se le prohíbe para los delitos menores, y más tarde para los graves; hasta que el poder público asume por completo la punición, dejando a los particulares sólo el resarcimiento del daño.

La concepción del delito durante mucho tiempo se considero exclusivamente con criterio objetivo, para el que interesa casi solamente el daño causado. La responsabilidad existe sin la culpabilidad; es decir, no se toma en cuenta que el acontecimiento se haya producido voluntaria o involuntariamente, ni aún por caso fortuito; no se pena la tentativa, por aplicación del principio general de que donde hay daño, no hay pena.

DERECHO ESPAÑOL

En España la legislación ha sido el resultado de la conjunción del Derecho Romano y del Canónico, por lo que los delitos contra la propiedad asumieron la dureza de sanción como en otros países.

El Derecho Romano y el Canónico entraron como elementos de formación de las nuevas sociedades y de las Legislaciones Europeas, por eso debemos considerarlos entre las fuentes históricas del Derecho Español que en sus Códigos se hace mención, decisiones de concilios y cánones, así como demás leyes de la iglesia que a veces confunden las materias dogmáticas y morales con las propiamente jurídicas, sin embargo esto es lo que diferencio al español con otras naciones.²⁵

Hasta principios del siglo XIX, la Legislación Penal Española se encontraba contenida en la "Novísima Recopilación" y teniendo como derecho supletorio a las partidas, conformando

²⁴ Fontan Balazra Carlos. Derecho Penal Introducción y parte general. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 3ª edic. p. 44

²⁵ Macedo S. Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano. Editorial Cultura. México 1931. p. 30. (TSJDF 1856-1931)

ambas las normas aplicables en materia criminal, que se inter cruzaban casi por completo de disposiciones provenientes de la alta edad media en su mayoría por leyes muy duras y severas.

Un ejemplo de lo anterior fue la ley dictada por Carlos I y Felipe II, ya que a los que infligían la ley los castigaban con azotes, galeras y vergüenza pública, mientras que en la época de Felipe IV, fue famosa la ordenanza del 15 de Junio y 6 de Julio de 1663, que fue contra los bandidos y salteadores de caminos, que estando fuera de la ley podían ser impunemente muertos por cualquiera y también se establecía recompensa para aquellos que los entregaban a la justicia, ya sea muertos o vivos. Pero ninguna de estas disposiciones legales alcanzó tanta severidad como la celebre "pragmática" de Felipe V, que estableció la pena capital para cuantos robaren en la corte o dentro de cinco leguas de su rastro o distrito, por valor de una peseta aún cuando del hecho no resultará muerte ni lesión alguna.

En el caso de este país, como en Roma, existía una distinción entre el robo y el hurto, mientras que el robo se caracterizaba por el empleo de la violencia o de la fuerza como medio de apoderarse de lo ajeno, en cuanto al hurto, se le caracterizó como medio fraudulento sin fuerza, ni violencia contra las personas o cosas.²⁶

A continuación analizaremos brevemente los diversos ordenamientos aplicados en España como son: el "Fuero Juzgo", "Fuero Real", "las siete partidas" y la "Novísima recopilación":

FUERO JUZGO

El Fuero Juzgo, también conocido como "Codex Visigothorum, Liber iudicum" (Libro de los Jueces) o "Fortum iudicum", este fue una compilación de leyes visigodas.²⁷ Este ordenamiento se componía por doce libros, que a su vez se dividían en título segundo del libro séptimo.

"El Fuero Juzgo, penó el hurto sin contemplar agravaciones especiales"²⁸ pero generalmente, las penas impuestas para los hombre libres eran pecuniarias y proporcionales al valor de lo hurtado, y las penas infamantes para los siervos, además de los azotes.

²⁶ Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona 1975. 14ª edición p 838.

²⁷ Macedo Miguel. Ob. Cit., p 44. (TSJDF 1856-1931)

²⁸ Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit. Op. Cit. p 837

Es pertinente manifestar, que en este cuerpo normativo vamos a encontrar un antecedente del llamado "Robo Calificado por circunstancias de catástrofe", según lo precisa la ley XII "si un hombre roba cuando existe peligro de fuego, agua o en otras ocasiones y alguna persona lo descubre tomando algo para sí, este pagará nueve duplos".²⁹

FUERO REAL (1255)

Dentro del Fuero Real, el tratamiento para el robo y el hurto lo vamos a encontrar en títulos IV, V y XIII del libro cuarto.

El Fuero Real, a diferencia del Fuero Juzgo, se va a ocupar de verdaderos robos v gr. "El que horadare casa o quebrantare la iglesia"³⁰, estos eran castigados principalmente con penas pecuniarias y en su caso de insolvencia con penas corporales, mutilaciones y hasta la muerte para los reincidentes.

Al ladrón conocido, además de las penas pecuniarias se le imponía la pena capital, según la ley VII.

LAS PARTIDAS (1265)

Las partidas van a diferenciar claramente las modalidades del apoderamiento de cosa ajena, de modo encubierto y clandestino (hurto) o de modo violento (rapiña o robo),³¹ por lo que resurgen así las concepciones romanas relativas a estos delitos.

Respecto a la regulación de los delitos en estudio, en este cuerpo normativo, se contempla en la partida VI en los títulos XIII y XIV.³²

Las penas aplicadas a los ladrones eran pecuniarias y corporales no pudiendo ser penados con la muerte, ni la mutilación de algún miembro, salvo en los casos de robo con armas en casas o iglesias, salteadores de caminos, piratería, entre otras hipótesis, consideradas de suma gravedad por la ley XVIII, que sí permitía la aplicación de la pena capital.

²⁹ Los Códigos Españoles concordados y anotados. Editorial Madrid, Madrid 1872. p 159 y sig.

³⁰ *Ibidem* p 165 y sig.

³¹ Cuello Calón Eugenio, Ob. Cit. Op. Cit. p. 838

³² Los Códigos Españoles concordados y anotados. Ob. Cit. p.34 y sig.

A pesar de lo anterior, las "Partidas no recibieron aplicación y estos delitos, como todos en general, continuaron siendo penados conforme a la legislación particular de villas y ciudades".³³

LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

Este cuerpo legal va a continuar con la diferenciación entre el hurto y el robo, delitos que va a regular el libro XII.

Las penas aplicables eran las penas mixtas es decir, pecuniarias y corporales, consistente en mutilaciones, azotes, marcas e incluso la muerte, sanciones que se imponían a veces de manera arbitraria.

Para establecer el monto de la sanción pecuniaria, en muchas ocasiones se tomaba en cuenta para su determinación la calidad de lo robado, la cantidad de lo robado y en otras ocasiones la calidad de las personas quienes se les robaba.

Las penas de muerte se aplicaban en el robo, cuando se llevaba a cabo en casas, nuevas poblaciones o cometidos por salteadores de caminos (ley II, título XIV), o cuando el robo se cometiera contra recaudadores del rey (Ley VII, título XV).

De lo anteriormente analizado, se desprende que generalmente las penas características aplicadas por los diversos ordenamientos antes citados, como son el "Fuero Juzgo", "Fuero Real", "Las Siete Partidas" y la "Novísima recopilación", eran principalmente: Los azotes, las marcas, las mutilaciones, galeras, sanciones pecuniarias y en algunas la muerte.

15 DERECHO MEXICANO

³³ Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit Op. Cit. p. 838

A) ÉPOCA PREHISPÁNICA

La historia de México, en lo que se refiere a la materia Penal, comienza con la conquista, ya que si hubiera alguna legislación en el pueblo de Anáhuac, es difícil de comprobar, por que después de la conquista no quedo vestigio o fue borrado y suplantado por la legislación impuesta por los conquistadores.

Los pueblos prehispánicos, contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, las penas eran crueles, en comparación con otros derechos primitivos principalmente europeos, entre las cuales destacaban la esclavitud, sin embargo el maestro Ezequiel Obregón afirma " que la condición de los esclavos aztecas, era mejor que en roma, pues conservaban sus propiedades, podían adquirir para sí y aún tener esclavos ellos mismos "³⁴, así también como las marcas, las mutilaciones y la muerte en muy diversas formas.

La conquista impuso e influencio sus practicas jurídicas no sólo a los pueblos dominados militarmente, sino también a los que conservaban su independencia a la llegada de los españoles.

LOS AZTECAS

Kohier afirma que "El Derecho Penal Mexicano - Azteca - es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política". El sistema Penal es casi draconiano.³⁵

Es importante precisar, que las leyes aztecas no se encontraban escritas, ya que estas se perpetuaban en la memoria de los hombres, tanto por la tradición oral, como por las pinturas que expresaban cada delito con su pena.

Ezequiel Obregón indica que " en el vocablo azteca, se carecía de una palabra para la idea de la pena en general, pero había un vocablo para la que afectaba los bienes "Tetlaxtlahuatliltztlí" y para el que afectaba a la persona " Tetonehualiztlí ".³⁶

³⁴ Obregón Ezequiel T. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Editorial . Porrúa, México 1986. 3 edo. p 12

³⁵ Carranza y Rivas Raúl. Derecho Penitenciario. Editorial Porrúa. México 1986. 3ª edo. p 12

³⁶ Obregón Ezequiel T. Ob. Cit. Op. Cit p 12

El robo se castigaba con la esclavitud, hasta que se hiciera la restitución de lo robado, o con una multa del doble de la cantidad robada (una parte para el ofendido y la otra para el tesoro del clan), así como la muerte en el caso de que el robo se cometiera en un camino real, en el mercado, robo de oro y plata, de mazorcas, de armas o insignias militares.³⁷

" La ejecución de la muerte era rica en procedimiento como ahorcadura, lapidación, decapitación, descuartización, empalamiento, garrote y machacamiento de la cabeza " .³⁸

La severidad de las penas, obedecía a que los delitos eran considerados con la capacidad de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o al mismo Soberano; esta severidad " en consonancia con las costumbres... los Jueces no estaban limitados en su arbitrio, ya que las costumbres marcaban tal vez un mínimo, pero no un máximo de rigor " .³⁹

Los aztecas toleraban el robo por estado de necesidad, ya que el robo de fruta o mazorcas para satisfacer la necesidad presente no era penado, - excluyente de responsabilidad-.

En el Derecho Azteca, lo más importante era la restitución al ofendido, sus leyes eran demasiado estrictas, y esta situación provocó, que fuera innecesario el encarcelamiento como pena. Únicamente se introducía en una jaula al presunto delincuente, para ulteriormente ser juzgado.

Una figura especial, concebida en este Derecho es el " robo en guerra ", así como " el robo de armas "⁴⁰ los cuales eran caracterizados por que su sanción traía aparejada la pena de muerte.

Este tipo de delitos no son difíciles de concebir por el carácter bélico que tuvo esta civilización, y también por lo importante que resultaban todos los implementos que utilizaban para la guerra. Además se consideró el delito de hurto en el mercado, el cual era castigado con la pena de lapidación en el sitio de los hechos. El robo de cosas leves, se castigaba a satisfacción del agraviado; lapidación, si la cosa hurtada ya no existe, o si el ladrón no tiene con que pagar el equivalente. Al hurto de oro o de plata, se imponía el paseo denigratorio del ladrón por las calles de la ciudad y posterior sacrificio del mismo en hora del Dios de los plateros.

³⁷ *Ibidem* Op. Cit. p 183 y sig.

³⁸ Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos de Derecho Penal*. Editorial Porrúa México 1997. 38 edic. p.41 y sig

³⁹ Obregón Ezquivel T. Ob. Cit. Op. Cit. p 184. En el mismo sentido manifiesta el Dr. Carracaca y Rivas.

⁴⁰ Carracaca y Rivas Raúl. Ob. Cit. p 27 y sig.

En cuanto al hurto, de cierto número de mazorcas de maíz de alguna sementera, o arracadura de cierto número de plantas útiles, la pena correspondía a la pérdida de la libertad a favor del dueño de la sementera; robar de la sementera o de los árboles y frutales que hay sobre el camino, cuando baste para remediar la necesidad presente (excluyente por estado de necesidad).

Por otro lado, las grandes dificultades que tuvo México para preservar sus tradiciones, costumbre y leyes, no dejaron datos existenciales al respecto, por lo que sólo se sabe de la existencia de un llamado "Código Penal de Nezahualcoyolt" para Texcoco. En este Código, el Juez tenía plena libertad para fijar las penas, entre las que se contaba principalmente, la pena de muerte y la esclavitud, con la confiscación y destierro.⁴¹

Una de las ordenanzas de este código de Nezahualcoyolt, reproducidas por Don Fernando de Alva Ixtlixochitl es la siguiente:

Ordenanza número 49.- "Ahorcaban al que hurtara determinadas cantidades de mazorcas de maíz o arrancaran los maizales, excepto sino eran de la primera rínglera que estuviera junto al camino, porque de esta tenían los caminantes licencia para tomar algunas mazorcas para su camino".

Algunos otros autores al hacer mención de la penalidad a la que se hacía acreedor un ladrón, nos dicen que el que robaba, debía ser arrastrado por las calles y después ahorcado y también lo esclavizaban. Al homicida lo decapitaban, al que se embriagaba hasta perder la razón, si era noble, ahorcado, y si era plebeyo, perdía su libertad a la primera infracción y a la segunda era muerto; a los ladrones de campo que robaran siete mazorcas, eran muertos. Estas penas excesivas se utilizaban como medida de escarmiento y como las mismas se realizaban de manera pública, se comprendía como medida de prevención en la sociedad.

LOS MAYAS

El pueblo Maya a diferencia del Azteca, presenta rasgos muy diferentes, más refinados, más sensibles, incluso muestra menos energía en cuanto al tratamiento de los delincuentes. "El robo de cosa que no puede ser devuelta" se castigaba con esclavitud.⁴²

⁴¹ *Idem.* p 45 y 54

Por otra lado el hurto cometido a manos de un plebeyo, (aunque sea pequeño el hurto) se le imponía una pena de pago de la cosa robada o esclavitud, En algunas ocasiones, muerte. El hurto cometido a manos de señores o gente principal (aunque sea pequeño el hurto), la sanción era que el agente del delito, era labrado en el rostro desde la barba hasta la frente, por los dos lados .

El Maestro Carranca al citar a Eligio Ancona escribe " El Código Penal Maya, aunque puede ser presentado como prueba de moralidad de este pueblo, contenía castigos muy severos y generalmente desproporcionados a la culpa... no había mas de tres penas; la muerte, la esclavitud y el resarcimiento del daño "⁴³

LOS TARASCOS

La principal pena aplicada por este pueblo era la muerte; esta sanción era impuesta al homicida, al adultero y al ladrón; la aplicación de dicha sanción al igual que el pueblo azteca era ejecutada en público; aplicando esta pena a palos para después quemar el cadáver.⁴⁴

Los tarascos implementaron cárceles, donde colocaban a los infractores los cuales esperaban el día de aplicación de la pena a la cual se habían hecho acreedores.

Cuando el delito era leve y se trataba de una delincuente primario sólo se sancionaba con una amonestación.

LOS ZAPOTECOS

A pesar de que dentro de esta cultura la delincuencia era mínima, las penas que se llegaron a aplicar eran: la muerte, mutilación, flagelación en público, cesión de bienes del ladrón al ofendido y el encierro.⁴⁵

⁴² Ibidem p 45 y 55

⁴³ Ibidem Op. cit 45.

⁴⁴ Ibidem. Op. Cít. p 45 y 55

⁴⁵ Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada, Buenos Aires 1965. 3ª edo. p 274

El robo en esta cultura se castigaba según su importancia, por ejemplo, al robo leve.- se le aplicaba la flagelación en público; mientras que al robo de importancia.- se castigaba con la muerte y cesión de los bienes del ladrón a la víctima.

B) ÉPOCA COLONIAL

En síntesis la colonia representó el traslado de la Instituciones jurídicas españolas a territorio Americano. Por tal razón se nota un desorden Legislativo durante la colonia; es decir, las Leyes Españolas al filtrarse en territorio mexicano, chocaron con la idiosincrasia de un pueblo que por ser distinto, no aceptaba de golpe el cambio en sus Instituciones Jurídicas, sociales, religiosas, etc.

Con justa razón se ha dicho que la colonia fue una espada con cruz en la penología (eclesiástica), marchaba de la mano con la penología virreinal, por lo que si se juntan las dos severidades (la de la iglesia y la del estado) se encuentra sin duda un panorama aterrador. Es decir, por un lado hirió, por otro evangelizó, motivo por el cual la colonia tuvo que legislar en parte con severidad y en parte con bondad.

La Legislación en la época de la colonia se distinguió por dos periodos:

El primero que corresponde a las disposiciones de los reyes católicos, poco después del descubrimiento de América, que abarcó más de dos siglos, en esta se adhirieron a las Leyes de Indias, las Cédulas, Ordenes Reales, Instituciones, Ordenanzas, etc.

El segundo periodo comienza con el reinado de Carlos III, en este se cambia el sentido general de la Legislación de la colonia, aparecen leyes importantes que abarcan toda una materia, se registra en este periodo una obra importante " Las Ordenanzas de Minería ".

Se recopilan diversas leyes aplicables a las colonias, siendo la principal, " Las Leyes de los Reinos de las Indias ", que fue la más consultada por haber tenido fuerza de obligatoriedad en 1680.

La legislación colonial mantuvo diferencias en las castas respecto de las penas, existía un sistema cruel e intimidatorio para los negros y mulatos, en cambio, para los Indios las leyes

fueron más benignas, las penas consistían en la prestación de servicios personales en conventos y ministerios (título 8 de la ley X de Indias), para excusarlos de azotes y multas, siempre que el delito fuera grave; pues si resultaba leve, el reo continuaba en su oficio y con su mujer.

En el mismo tenor de ideas, sólo los indios podían ser entregados a sus acreedores para pagarles con sus servicios, además de que los delitos cometidos en contra de los indios eran castigados con mayor rigor que en otros casos.

Por lo que cabe hacer mención, las Instituciones Jurídicas españolas que se aplicaron en la colonia fueron diversas, sin embargo, como a se indico ulteriormente, el principal ordenamiento jurídico fue la " recopilación de Leyes de los reinos de Indias " que por abreviación se les nombraba " recopilación de Indias ", la cual se compone de nueve libros divididos en títulos, integrados por gran número de leyes, dictadas por los reyes de España, con el buen propósito de proteger a los indios; estas leyes desde luego constituyeron la base de las leyes de la colonia; las Ordenanzas de Gremios de la Nueva España, entre otras. Asimismo regían supletoriamente el derecho de Castilla, como el " Fuero real " (1255), Las Partidas (1265), El Ordenamiento de Alcalá (1348), Las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), Las Leyes de Toro (1505), La Nueva Recopilación (1567), y la Novísima Recopilación (1805), entre otras.⁴⁶

La absoluta desorganización en materia legislativa, impero debido a la aplicación supletoria de todo el derecho de Castilla, el cual representó en opinión del Maestro Carrancá - " Un trasplante de Instituciones jurídicas españolas a territorio americano ", como se ha venido mencionando en párrafos anteriores.

Por otro lado en la colonia el delito de " robo y asalto ", merecía la muerte en la horca, hacer cuartos el cuerpo y poner estos en las calzadas. Al robo sacrílego, llevado a efecto en la iglesia de Tlaxcala, en los vasos sagrados y el viril, además de comerse los ladrones las formas consagradas. La pena fueron los azotes y herramiento, o sea, marcaban con hierro encendido al culpable.

Al delito de robo (en el caso, de que el objeto del delito fuera una lámpara), se sancionaba con azotes y cortadura de las orejas debajo de la horca.

⁴⁶ López Betancourt Eduardo. Ob. Cit. Op. Cit. p 255

Para el delincuente que cometía conjuntamente los delitos de homicidio y robo, la pena consistía en garrote con previ0 traslado al sitio del suplicio, por las calles p0blicas. La ejecuci3n de las penas dur3 de las once de la mañana a una de la tarde. Exhibici3n de los cad0veres en el patíbulo hasta las cinco de la tarde, posteriormente la "separaci3n " (cortadura) de las manos y fijaci3n de las mismas en escarpas puestas en la puerta de la casa en que se cometió el robo o el homicidio.⁴⁷

De lo anterior se puede determinar que al delito de robo, sin especificar m0s detalles, se imponían las penas siguientes :

- 1.- Muerte en la horca en el sitio de los hechos.
- 2.- Muerte en la horca y despu3s corte de las manos.
- 3.- Muerte en la horca, posteriormente descuartizamiento del cuerpo, para poner las partes en las calzadas y caminos de la ciudad, luego, exhibici3n de las cabezas.

Lo mencionado con antelaci3n, nos demuestra la disimilitud de criterios de una legislaci3n pragmática, que se hacía al comp0s de la vida criminal, donde abundaban las dobles penas o las dobles ejecuciones.

Por lo que la ca3tica y numerosa legislaci3n aplicada durante este periodo colonial, no termino su complicada y denigrante trayectoria hasta la aparici3n del c3digo de 1871, que desechó tal sistema cruel e intimidatorio.

C) MÉXICO INDEPENDIENTE

Al consumarse la Independencia (1821), las leyes que existían en México, con carácter principal eran como ya se ha indicado : " La recopilaci3n de las Indias ", complementadas con otros acordados, " Las Ordenanzas de Minería , de Intendentes, de tierras y aguas de gremios "; y como derecho supletorio estaban la " Novísima Recopilaci3n ", " las Partidas " y las " Ordenanzas de Bilbao ".

⁴⁷ Ibidem. p 255

Ante la magnitud de los problemas con los que se enfrentaba la legislación en las primeras horas de la independencia, afirma el Doctor Carranca – “ El Gobierno Federal hubo de reconocer la vigencia de la Legislación Colonial, como Legislación propia “. ⁴⁸

La grave crisis que produjo la guerra de Independencia, origino, el pronunciamiento de disposiciones tendientes a tratar de solucionar la difícil situación, motivo, por el cuál, “ Se procuró organizar a la policía- afirma el Doctor Castellanos Tena – y reglamentar la potación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como abatir la vagancia y la mendicidad, así como el robo y el asalto “. ⁴⁹

La Independencia política, a pesar del Federalismo Constitucional, enseña el Maestro Carranca – “ no había llegado a un México que seguía viviendo en una unidad legislativa representada por el Derecho Colonial. ⁵⁰

Madame Calderón de la Barca escribió “ la pestilencia de los ladrones que infesta a la República, nunca ha podido ser extirpada, son de hecho, el fruto de la guerra civil. Algunas veces, bajo la capa de Insurgentes y tomando parte activa en la Independencia, han asolado al país, robando a cuantos encontraron en su camino “. ⁵¹

Como resumen de esta época, asienta Ricardo Abarca ⁵², “ nos queda una Legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden Jurídico total; hay atisbos de humanismo en algunas penas, pero se prodiga la muerte como armas de lucha contra los enemigos políticos, - continua citando - las diversas Constituciones que se suceden, ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la Legislación Penal, - para concluir – no se puede afirmar que las escasas Instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado “.

⁴⁸ Carranca y Rivas Raúl. Ob. Cit. Op. Cit. p 197.

⁴⁹ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Op. Cit. p 45

⁵⁰ Carranca y Rivas Raúl. Ob. Cit. Op. Cit. p 198.

⁵¹ Ibidem. p 183 y sig.

⁵² Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Op. Cit. p 45

CÓDIGO PENAL DE 1871

El Código Penal de 1871, fue la culminación de variados y diversos intentos de estructuración de una Legislación Penal Mexicana, logros que terminaron con las más inhumanas penologías aplicadas en la colonia, tal y como se ha visto y analizado en párrafos anteriores.

La Comisión encargada de la formulación del ordenamiento en mención, fue integrada en 1868, bajo la dirección del Lic. Antonio Martínez de Castro, y teniendo como modelo de inspiración al Código Español de 1870, motivo por el cuál se afilío a las tendencias de la escuela clásica.

En la Exposición de motivos de este Código, el Licenciado Antonio Martínez de Castro, presidente de la Comisión encargada de formar el presente Código señala:

" Queriendo la Comisión acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce distinción legal entre hurto y robo, la desecho de su proyecto, admitiendo en él únicamente la primera de estas dos denominaciones, como se ha hecho en otros Códigos "

El Maestro Francisco González de la Vega dice: " El Código de 1871, significó un positivo adelanto en las Instituciones Jurídicas mencionadas, pues consagro conquistas tan apreciables como la Libertad preparatoria o dispensa condicional de una parte del tiempo de prisión a los reos que observarán buena conducta, y la retención por una cuarta parte más de tiempo de prisión para los que observarán mala conducta, instituciones que mucho se anticiparon a la pena indeterminada y a la pena condicional, posteriormente consagradas por las legislaciones contemporáneas " ⁵³

" Este Código Penal de 1871, fue formado por 1150 artículos, se componía de un pequeño título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre la responsabilidad civil, derivada de los delitos, una tercera sobre los delitos en particular y última sobre faltas " ⁵⁴ Mismo que fue promulgado

⁵³ González de la Vega Francisco. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, México 1996. 2ª edo.

⁵⁴ Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1990. 5ª edo. p 29 y 30

el 7 de Diciembre de 1871, para comenzar a regir el primero de Abril de 1872, en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California.

En la primera parte de éste Código, encontramos los conceptos de "Intención", "culpa", así como el desarrollo del "acto delictuoso", la "participación", "las circunstancias que excluyen, agravan o atenúan la responsabilidad", asimismo señala las penas y medidas de seguridad como son: " el apercibimiento, suspensión o destitución del empleo, del ejercicio de determinada profesión, confinamiento, reclusión en establecimientos correccionales, caución de no ofender, protesta de buena conducta, prohibición de ir a determinado lugar, sujeción a vigilancia, pudiendo el Juez sustituir una pena por otra y el Poder Ejecutivo reducir o conmutar las ya impuestas " .

Se establece como ya se hizo mención, la responsabilidad civil, que nace de la comisión de un ilícito y consiste en la obligación de reparar, restituir, indemnizar y cubrir los gastos Judiciales.

Encontramos dos novedades importantes en el Código Penal, el artículo 25, el cuál establece que el delito " Intentado " es el que llega hasta el último acto en que debería de realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable, porque es imposible o porque los medios que se emplean no son los idóneos. Por su parte los artículos 74 y 75, tratan de la " Libertad preparatoria ", con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos que le prosiguen, se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, para que posteriormente de conformidad con el artículo 98, otorgar la libertad definitiva.

En otro orden de ideas, y al adentrarnos a nuestro tema, se puede apreciar que este ordenamiento Legislativo, contemplaba al delito de robo dentro del Libro tercero, título primero y denominado " Delitos contra la Propiedad ", al respecto – González de la Vega – opina que " es una denominación equivocada por dar a entender a primera vista al menos, que el único derecho protegido a través de las normas represivas de estas infracciones lo era el de la "propiedad", cuando es evidente que por la vía del robo... pueden lesionarse algunos otros derechos patrimoniales, por ejemplo, los derechos de un poseedor, de un usuario, de un usufructuario, de un acreedor, o en general de cualquier titular de derechos sobre los bienes en que recaiga el delito " ⁵⁵ ; capítulo I " Robo " (artículos 368- 375); Capítulo II " Robo sin violencia " (artículo 376-397); Capítulo III " Robo con violencia en las personas " (artículos 398- 404); además de " Abuso de Confianza " ; " Fraude contra la propiedad " ; " Quiebra fraudulenta " ; " Despojo de

⁵⁵ González de la Vega Francisco. Ob. Cit. p 152.

cosa inmueble o aguas "; " Amenazas- amagos- violencia físicas ", " destrucción o deterioro causado en propiedad ajena con otros medios ".

De lo anterior, se puede observar que los capítulos II y III, se refieren respectivamente al " Robo sin Violencia " y al " Robo con Violencia en las personas ", lo que evidencia, - sostiene el Maestro Celestino Porte Petit - "La postura de adoptar únicamente la denominación de " robo ", en lugar de los términos " hurto " y " robo ", como lo hacen otras legislaciones. Al respecto, nos advierte - Demetrio Sodí - , " que no hay congruencia entre el término " robo ", adoptado por el Código Penal de 1871 y su exposición de motivos, precisando dicho autor, que - La ley queriendo romper con la tradición del Derecho Romano, se aparta de la distinción que existía entre la " rapiña ", el " hurto ", el " latrocinio " y el " estelionato " >; sin embargo ¿ porqué la Comisión, que formuló nuestro Código dice, en la parte expositiva del mismo, " que queriéndose acomodarse al lenguaje común, en el cuál no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, desecho de estas denominaciones la segunda, admitiendo únicamente la primera ¿ si no hay un error de imprenta o una equivocación en el lugar que ocupan las palabras " hurto " y " robo ", no comprendemos la afirmación hecha por la comisión, toda vez que el artículo 368 prescinde del antiguo concepto de hurto, y se limita a decirnos lo que es un robo, que más adelante puntualiza y clasifica la ley en robo simple y en robo con violencia ".⁵⁶ Tal y como se vera más adelante. Agregando: " si el robo se caracterizaba por la violencia, por la fuerza, y el hurto por la astucia, el Código, al castigar el robo en determinada pena cuando no es violento, y al aumentar la pena cuando concurre esta circunstancia, bien sea violencia física o moral, suprime la distinción de que venimos hablando ".

De lo anterior se puede desprender que existió un error de la Comisión Redactora, pues de otra manera, no se comprendería la inclusión de los capítulos II y III, del título I, correspondiente al libro tercero del Código Penal de 1871, que reglamentan respectivamente como se ha anotado, el robo sin y con violencia.⁵⁷

Para proporcionar la pena al daño causado, se hizo una escala ascendente de diversas penas para los robos que no excedan de cinco pesos, de 50 pesos, de 100, de 500, ni de 1000, y para los que pasen de esa cantidad, se estableció que por cada 100 pesos de exceso se aumente un mes de prisión. Pero cuando la cantidad robada es muy alta podía resultar una pena exorbitante, se fijo un limite en los robos ejecutados sin violencia y otro para los ejecutados con ella, con lo cual se consigue sin inconveniente alguno que la pena este en

⁵⁶ Nuestra Ley Penal II. México 1918. Op. Cit. p 5 y 6

⁵⁷ Porte Petit Candauap Celestino. Ob. Cit. p 2 y 3

proporción directa con el daño causado. Unas bases semejantes se adoptaron para los demás delitos contra la propiedad.⁵⁸

La Comisión Redactora, consideró, con arreglo al artículo 23 de la Constitución Federal, se puede imponer y se impone actualmente la pena de muerte a todo salteador de caminos públicos y a todo incendiario, la Comisión no consulta que se aplique, sino cuando los salteadores cometan un homicidio, violen a una persona o le causen alguna de las más grandes lesiones.

Como ya se indicó anteriormente, nuestro tema de estudio lo encontramos establecido 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 en las personas", comprendidos del artículo 368 al 404 del Código Penal para el Distrito Federal.

Es así como dicha Legislación nos define al delito de Robo como :

" Art. 368.- Comete el delito de Robo; el que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley ".

El Código Penal para el Distrito Federal, divide al delito de robo, en tres capítulos, como ya se indicó previamente, respecto a la consumación del delito el artículo 370 nos dice:

" Art. 370.- Para la imposición de la pena, se da por consumado el Robo, al momento en que el ladrón tiene en sus manos la cosa robada; aún cuando lo desapoderen de ella antes de que la lleve a otra parte, o la abandone ".

Un aspecto importante de esta Legislación, es que el robo cometido entre cónyuges o por un ascendiente contra su descendiente o de éste contra aquel, no era castigado, pero si previamente a su realización, en el momento de esta o posteriormente se efectuaba algún otro delito, este si se castigaba, al respecto el artículo 373, expresaba:

" Art. 373.- El robo cometido por un cónyuge contra el otro, sino están divorciados, por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por este contra aquél; no produce responsabilidad

⁵⁸ López Botancourt Eduardo. Ob. Cit. p 255 y 256.

criminal contra dichas personas, pero si precediere, acompañare o se siguiere al robo algún otro hecho calificado de delito, se les impondrá la pena que por este señale la ley “.

Otro punto significativo de este Código, especifica muchos tipos de robo, imponiendo para cada uno de ellos la sanción o pena correspondiente; por ejemplo, el robo de correspondencia que se conduce por cuenta de la Administración pública, se sancionaba con dos años de prisión; el robo de autos civiles, o de algún documento de protocolo, oficina o archivo público, se penaba con dos años de prisión, pero si estos documentos versaban sobre una causa criminal, la pena era de cuatro años de prisión.

En relación al robo con violencia, este Código distinguía tanto la violencia física como la moral.

“ Art. 398.- La violencia a las personas se distingue en Física y Moral.

Se entiende por violencia Física en el Robo, la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia Moral, cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla “.

“ Art 399.- Para la imposición de la pena se tendrá el Robo como hecho con violencia:

I.- Cuando esta se haga a una persona distinta de la robada que se halle en compañía de ella;

II.- Cuando el ladrón la ejerciere después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado “.

Atendiendo al lugar en que se cometiera el robo, se establecieron reglas especiales de agravación para tres circunstancias diferentes: edificios habitados, edificios o piezas no

habitadas, no destinadas para habitación y lugar cerrado. Dentro de este sistema, se limitaba el concepto de parque o lugar cerrado a todo terreno, que no tiene comunicación con un edificio, ni esta dentro de este y que para impedir la entrada, se halle rodeado de fosas, enrejados, cercas, aunque estas fueren de piedras sueltas, de madera, arbustos, magueyes, órganos, espinos o de cualquier otro material.

CÓDIGO PENAL DE 1929

En el año de 1925, fue designada una nueva Comisión integrada por los Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz, quién después de la promulgación del Código Penal para el Distrito Federal y con el carácter de Presidente del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, publicó una explicación de la labor desarrollada en la elaboración del proyecto del Código, señalando que era un Código de transición, plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes, pero era el primer cuerpo de leyes en el mundo que iniciaba la lucha conciente contra el delito, a base de la defensa social e individualización de sanciones.

"El Presidente Portes Gil, en uso de sus facultades que al efecto, le confirió el Congreso de la Unión por decreto del 9 de Febrero de 1929, expidió el Código Penal para el Distrito Federal del 30 de Septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de Diciembre del mismo año

.. 59

Este Código Punitivo, es también conocido como "Código de Amaráz", por ser su más acérrimo defensor, ya que fue su principal autor, quién se baso en la Escuela Positiva para la elaboración de este cuerpo legal.

"Carrancá y Trujillo señala que las aportaciones más importantes de dicha Legislación legal son: la responsabilidad social, sustituyendo a la moral, cuando se trata de enajenados mentales (artículos 32, 125, 128); la suspensión de la pena de muerte, la multa, que a ejemplo del sistema sueco de Thyren, se basó en la utilidad diaria del delincuente (art. 84), la condena condicional y la reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público (art. 319)".⁶⁰

⁵⁹ Carrancá y Trujillo Raúl. Ob. Cit. p 129

De igual forma y siguiendo las opiniones vertidas por el Maestro Carrancá y Trujillo – destaca el Maestro Castellanos Tena – que “ el gran acierto de este Código fue la suspensión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de sanciones, - continúa diciendo - defectos técnicos y escollos de tipo práctico, hicieron de difícil aplicación este Código, de efímera vigencia.⁶¹

Dicho ordenamiento legal de 1929, contaba con 1233 artículos, por ser tan extenso y a menudo repetitivo, aunado a las dificultades practicadas para la aplicación del Código en relación con la reparación del daño y a la individualización de la pena pecuniaria, se sintió la necesidad de una reforma que fuera satisfactoria a las condiciones imperantes de la época, eliminando los defectos técnicos que hicieron difícil la aplicación de este Código por lo que solamente rigió del 15 de Diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

Raúl F Cárdenas nos señala que “ El Código de 1929, conservó la misma denominación al título XX, “ Delitos contra la Propiedad “ y en Diez capítulos clasifico los distintos tipos descritos en el Código de 1871, introduciendo pequeñas modificaciones “. ⁶²

En el Código 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 “.

Este ordenamiento como se pudo apreciar, agrupa al delito de Robo dentro del libro segundo, a diferencia del Código de 1871, que lo hizo en el libro tercero, “ De los delitos en particular “. Es singular esta división señala – el maestro Eduardo López Betancourt- ya que “ el código de 1929 únicamente contenía dos libros: el Primero, “ Principios generales, reglas sobre responsabilidades y sanciones “; y el Segundo; “ De la reparación del daño “. Sin embargo, el título que ampara al delito en estudio conservó el nombre exactamente igual al Código de 1871. Y por último, la Legislación de 1929, también conservó la división del Código de 1871, estableciendo “ robo en general “; “ robo con violencia “ y “ robo sin violencia “. ⁶³

Definía al Robo en general como:

⁶⁰ *Ibídem* p 129

⁶¹ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 47.

⁶² Cárdenas Raúl F. Derecho Penal Mexicano de robo. Editorial Porrúa. México 1982. 2ª ed. p 10

⁶³ López Betancourt Eduardo. Ob. Cit. p 258

" Art. 1,112 .- 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 ".

Como se puede observar esta definición es fiel trascripción de la del código de 1871.

Respecto a la consumación del delito, como ya se indicó previamente, 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,- señala el maestro -López Betancourt -⁶⁴ ya que el sólo hecho 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:

" Art. 1,114.- Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el Robo, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella ".

Al precisar " el ladrón tiene en su poder ", ya nos esta hablando de un apoderamiento de la cosa, lo cual es uno de los elementos del delito de robo.

A diferencia de la Legislación de 1871, este Código establece respecto al robo entre cónyuges, que no vivan bajo el régimen de comunidad de bienes; y en relación con el robo de un ascendiente contra su descendiente o de este contra aquél, se sancionará el robo únicamente a petición de la parte ofendida y si a este delito se acompaña, precede o sigue algún otro hecho que constituya un delito, se sancionará este únicamente, estableciéndolo de la siguiente manera este Código de 1929:

" Art. 1,118.- El robo cometido por un cónyuge contra otro, si no vive bajo el régimen de comunidad de bienes, por un ascendiente contra un descendiente suyo o por este contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dichas personas, a no ser que lo pida el ofendido.

⁶⁴ *Ibidem*, Op. Cit. p 258

Pero si procediere, acompañare o se siguiere al robo algún otro hecho, que por sí sólo constituyera un delito, se aplicara la sanción que por este señale la ley “.

También este código va a distinguir entre violencia física y violencia moral exactamente igual que el código de 1871.

CÓDIGO DE 1931

Debido al fracaso del Código de 1929, que como ya se indicado, sólo tuvo vigencia hasta el 16 de Septiembre de 1931, el Presidente Portes Gil, determino el nombramiento de una nueva Comisión que se encargará de revisar lo legislado en materia punitiva, quedando integrada la Comisión Redactora de la siguiente manera: “ Por la Secretaría de Gobernación, Lic. José Ángel Ceniceros, por la Procuraduría General de la República, Lic. José López Lira, por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Lic. Alfonso Teja Zabre, por la Procuraduría del Distrito Federal, Lic. Luis Garrido, por el Juez Lic. Ernesto G. Garza “.⁶⁵

Tomando en consideración que “ ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, ósea, práctica irrealizable, la formula: (no hay delitos, sino delincuentes); Debe completarse así: (no hay delincuentes sino hombres). El delito es principalmente un hecho contingente, sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario, se justifica por distintos conceptos parciales, por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en ara del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada etc. Pero fundamentalmente en la necesidad de conservar el orden social “.⁶⁶

Ante tales bases, sigue el Código Penal para el Distrito Federal que rige hasta nuestro tiempo, mismo que fue promulgado por el presidente Pascual Ortiz, el 13 de Agosto de 1931 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 del mismo mes y año, bajo el nombre de “ Código Penal para el Distrito Federal y territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal “.

⁶⁵ Jiménez de Asua Luis. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Losada. Buenos Aires Argentina 1964. Edición Clásica del derecho 1995. Tomo I, 3ª edc. P 1241.

En este cuerpo Normativo, continuo con los amplios mínimos y máximos para todas las sanciones, a excepción de la que señala el artículo 371. - según precisa el Doctor Carrancá y Rivas -⁶⁷ Relativo a los Robos de cuantía progresiva, fijándose reglas adecuadas al uso del arbitrio Judicial en los artículos 51 y 52.

Dentro de las novedades que encontramos en este Código tenemos que se mantiene abolida la pena de muerte, se extiende uniformemente al arbitrio Judicial, con la ampliación de mínimos y máximos (como ya se indicó por el Doctor Carrancá) para las sanciones, siendo perfeccionado en lo relativo a la condena condicional contemplada en el artículo 400, la participación del artículo 13 dándose además el carácter de pena pública a la multa y la reparación del daño establecida en el artículo 29.

El delito de Robo, en este Código, se encuentra en el Título Vigésimo Segundo que cambia de denominación por el " Delitos contra las personas en su patrimonio " y no el de " propiedad ", este termino de " patrimonio " afirma Adato de Ibarra- " ha sido utilizado por nuestro Código, a diferencia de los anteriores que utilizaban el de propiedad. Basta decir, que resulta más apropiado ese vocablo, puesto que en alguno de estos delitos no sólo se tutela la propiedad, sino también el derecho de posesión y los derechos reales en general. ⁶⁸ Ubicando al delito de robo, en un solo capítulo, que contiene al " Robo sin Violencia " y " Con Violencia ", esto a diferencia de los Códigos anteriores en los que se dedicaba un capítulo entero para cada uno.

En este sentido, el Código de 1931, define al delito de Robo de la siguiente manera:

" Art. 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 ".

Respecto a la consumación del ilícito, el criterio adoptado en este Código es el mismo que en el Código de 1929.

⁶⁶ *Ibidem* p 1254

⁶⁷ Carranca y Rivas Raúl. Ob. Cit. Op. Cit. p 407

⁶⁸ Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1986, Tomo IV. 6ª ed. p 9

" Art.- 369. - Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella "

En relación al robo con violencia, se aumenta la pena y si el hecho constituye otro tipo penal, se utilizan las reglas de la acumulación.

" Art. 372 .- Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple, se agregaran de 6 meses a 3 años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicaran las reglas de la acumulación "

Asimismo distingue la Violencia Física y la Violencia Moral de la Siguiete manera:

" Art. 373 .- La violencia a las personas se distingue en Física y Moral.

Se distingue por violencia física ; en el Robo , la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia Moral; cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo "

Originalmente este Código establecía para el caso de robo entre un descendiente contra el ascendiente o de este contra aquél, que no producía responsabilidad penal sino mediante petición de la parte ofendida, pero si precediere, acompañare o siguiera al robo algún otro hecho que por sí sólo constituya un delito, se aplicara la sanción que para este, señalara la ley. (art. 377).

En este sentido, si el robo se cometía por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o su nuera, por estos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, producía responsabilidad penal; pero no se podía proceder contra los delinquentes sino a petición del agraviado (art 378).

En esta ley se considera al robo de indigente, de la siguiente manera:

" Art. 379.- No se castigara a l que, sin emplear engaño ni medios violentos se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento " .

También se considera al hecho de que alguna persona haya tomado una cosa con carácter de temporal, sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor, siempre que acredite no haberla tomado para apropiarse de ella, se le impondrá de uno a 6 meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello y pagará al ofendido el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada, como reparación del daño. (art. 380. Robo de uso).

"Pragmático por excelencia, el Código Penal de 1931, desarrolla modestamente, pero con firme dirección sus desideratas de acuerdo con la cruda realidad mexicana. No crea de la nada, ni recoge, organiza y equilibra la realidad misma. En este sentido es un Código que ha permitido cómodamente ir acopiando experiencias y datos para la elaboración final del Código que se impone para lo porvenir " ⁶⁹

Desde que fue puesto en vigencia, a la actualidad, nuestro Código, ha sido reformado en virtud de la experiencia y practica de los Tribunales y la Doctrina Nacional que han demostrado que en determinados capítulos o artículos era necesario mejorarlos.

Una de las enmiendas importantes del Código fue realizada en el año de 1942, con la culminación de una campaña de prensa que se manifestó a favor de la reimplantación de la pena de muerte, pena máxima que se encontraba abolida en nuestro Código, a lo cual diversos penalistas como José Ángel Ceniceros y Raúl Carrancá y Trujillo entre otros se opusieron, alegando Ceniceros que no había necesidad de establecer una pena de tal

⁶⁹ Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México 1998 21ª edc. Op. Cit P 132.

magnitud, lo que se requería era que se evitara que los delitos quedarán impunes, como ocurría con frecuencia, incluso en la actualidad, sin embargo los argumentos de estos penalistas no fueron validos y en el año de 1943, fue reincorporada la pena capital a nuestra Legislación, para los delitos de asalto a mano armada y secuestro, como también se modificaron las sanciones en relación del valor de los objetos robados como el de la reforma por decreto del 31 de Diciembre de 1945, en que fundamentalmente tuvo por objeto aumentar los términos de sanción y por lo tanto el arbitrio del juzgador.

Y aunque el artículo 22 de la Constitución Política, en su párrafo III señala "Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos", y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. De lo anterior se puede observar que se encuentra autorizada la pena de muerte, pero lo cierto es que nuestra ley punitiva en su artículo 24, al aumentarlas penas y medidas de seguridad no comprende la pena capital.

" Diversas reformas han sido introducidas en nuestro Código Punitivo, citaremos la introducción por decreto del 9 de marzo de 1946. Empieza por alterar el artículo 13 en que se trata de los participantes del delito, reservando el encubrimiento real para los casos especialmente previstos, y modifica después los de peculado (art. 200), falsificación de billetes de banco, títulos de crédito y documentos de crédito al portador (art. 238, 239, y 240), falsificación de sellos o marcas (art. 386 y 387), usurpación (art. 345), no impedimento de delitos o no cooperación con la autoridad para reprimirlos, encubrimiento y receptación (art. 400). "70

Estas modificaciones hacen en algunos casos más dura la represión, siendo que en aquellos años, lo que se necesitaba en México tanto en esa época como en la actualidad, no es una Legislación Penal más enérgica, sino la aplicación de esta, pues el aumento de la criminalidad no se debe a que la ley punitiva sea buena o mala, sino a que pocas veces se aplica correctamente, además de que falta más capacitación y profesionalismo entre los que día a día aplican y hacen uso de nuestra leyes, así como un adecuado conocimiento de los alcances y límites que las mismas establecen, también no permitiendo que los hechos delictivos queden impunes, ni el sujeto activo del mismo libre, llegando así a una expedición de la justicia de manera más eficaz, práctica, pronta, expedita, imparcial y sin favoritismos por trafico de influencias.

Por otro lado debido a las diversas reformas que se hicieron al Código y que dificultaban su aplicación, en el año de 1948, se nombra una Comisión que se encargara de coordinar y depurar la Legislación Penal, poniéndola al día para que respondiera en todos sus aspectos a la defensa de la sociedad, aprovechando la experiencia adquirida, para reformar la ley, perfeccionando además los conceptos que fueren necesarios, "Comisión Redactora del ante proyecto del Código Penal que vino laborando acuciosamente durante más de un año, formada por los señores Doctor Don Luis Garrido, presidente y Lic. Don Celestino Porte Petit, Don Francisco Arguelles y Don Gilberto Suárez Araiza, el último como Secretario y los dos anteriores como vocales. El anteproyecto, publicado oficialmente en 1949 y aprobado por la Secretaría de Gobernación, no pudo ser enviado por el Ejecutivo a las Cámaras para su discusión, quedándose en un mero proyecto".⁷¹

Se integró después otra Comisión compuesta por los señores Doctor Celestino Porte Petit y Lic. Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Gones, culminando los trabajos con el anteproyecto de 1958 publicado, en la revista *Criminalia*, en el mes de Noviembre del propio año. Anteproyecto que consta de 291 Artículos, siendo característica de este, su sobriedad, un mejor ajuste técnico de las Instituciones Penales y una moderna adecuación de estas en el Cuerpo Legal.

" En el año de 1963, por recomendación del segundo Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, en la conclusión número 51, se pronunciaron por la unidad de las Leyes Penales en sus aspectos sustantivos y objetivos, en todas las Entidades de la Federación, y en la conclusión número 52, porque se procediera a la elaboración de un Código Penal tipo, en el que se adoptaran, en la parte general, las tendencias modernas relativas a la norma, al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad, asignándose en el catalogo de los delitos, las figuras delictivas necesarias para proteger los bienes jurídicos que el Estado tutela, asimismo que los mínimos y los máximos de las penas tuvieran suficiente amplitud para mejor aplicación del arbitrio Judicial".⁷²

En consecuencia la Procuraduría General de Justicia del D. F. Lleva a cabo la tarea de la elaboración del anteproyecto, que se adaptaría por las diversas Entidades Federativas, pero debido al desajuste en su articulado, como al desacierto en sus innovaciones, fue archivado de tal suerte tenemos que ninguno de los tres anteproyectos fue aprobado siguiendo vigente el Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

⁷⁰ Jimena de Asua Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Lozada, Buenos Aires Argentina 1964. *Clásicos del Derecho* 1995. Op. Cit. p 1256 y 1257

⁷¹ Carranza y Trujillo Raúl. *Código Penal Anotado*. Editorial Porrúa, México 1998. 21ª ed. Op. Cit. p 133 y 134.

Por lo que respecta concretamente a nuestro tema sobre el delito de robo, tampoco hubieron reformas trascendentales, ya que en Diciembre De 1975, el legislador atento a la devaluación de la moneda, al aumentó la cuantía o valor de los objetos materia del delito.

La reforma correspondiente al decreto del 26 de Diciembre de 1981, que agrega en su artículo 369, en cuanto a la fijación del valor de lo robado, así como de la multa impuesta, se tomaba en consideración el salario en el momento de la ejecución del delito.

Posteriormente por decreto del 29 de Diciembre de 1984, se adicionó el artículo 369 Bis, que a la letra dice: " para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este título, se tomara en consideración el salario mínimo general vigente en el momento y en el lugar en donde se cometió el delito.

En fin multitudes de reformas, tal y como ya se indicó dentro de las cuales encontramos la realizadas en los de 1951, 1984, 1992, 1996, y la del 23 de Agosto de 1999.

En otro orden de ideas y volviendo a retomar nuestro tema, podemos hacer mención que la Ley Punitiva de 1931, ha sido adoptada por diversas Entidades Federativas, algunas lo adoptaron de manera íntegra y otras de manera parcial.

A continuación citaremos y se realizara un breve comentario en cuanto a las similitudes y diferencias que tienen los diversos preceptos que contemplan al delito de Robo, en las Entidades Federativas de nuestro país, iniciado con el precepto que rige en el Distrito Federal, que sirvió como base y modelo a dichas Entidades, para conceptualizar dentro de las mismas al delito de robo.

DISTRITO FEDERAL

" Art. 367.- 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 ".

La principal crítica a este precepto, de acuerdo con la doctrina, es que se ha considerado como innecesaria la expresión " sin derecho y sin consentimiento ", ya que sí el

⁷¹ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p.33

apoderamiento de una cosa se realizara cumpliendo con uno u otro, no se configuraría el núcleo del tipo penal; además de que la sola expresión " sin derecho ", pone de manifiesto por sí misma la antijuridicidad, que es uno de los elementos comunes a cualquier delito.

Cabe además hacer mención, de que existe la controversia respecto a la configuración del elemento de " ajeneidad ", lo cual se materializa entre las figuras de los copropietarios y coherederos.

BAJA CALIFORNIA NORTE

" Art. 318.- Comete el delito de robo; el que se apodera de una cosa ajena mueble, con ánimo de apropiársela sin consentimiento de quién legalmente pueda disponer de ella ".

Se puede observar que dicho precepto legal, omite la expresión " sin derecho "; además de que exige " con ánimo de apropiársela ", con lo que lleva implícito el elemento subjetivo que es " el apoderamiento ", y que constituye el verbo recto del tipo de robo.

DURANGO

" Art. 183.- Comete el delito de robo, quién se apodera de una cosa mueble ajena, sin derecho con ánimo de apropiarse y sin consentimiento de quién legalmente pueda disponer de ella ".

Aquí se desprende la incorporación de " quién se ", que se refiere a la responsabilidad, así como la expresión " con ánimo de apropiársela ".

GUANAJUATO

" Art. 265.- Comete el delito de Robo, quien se apodera de una cosa mueble ajena y sin consentimiento de quién legítimamente pueda disponer de ella ".

Dicho precepto, también agrega la expresión " quién se ", suprimiendo el " sin derecho " y finaliza con el " Quien legítimamente pueda disponer de ella ", queriendo precisar con ello a la persona que pueda disponer de la cosa que le fue robada (propietario, poseedor, detentador).

HIDALGO

" art. 332.- Comete el delito de robo; el que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley ".

Este precepto legal, tiene mucha similitud su homologado 367 del Código Penal para el Distrito Federal, la única diferencia es la omisión de la expresión tan mencionada " sin derecho y sin consentimiento ", que como ya se menciona en su correspondiente es innecesaria.

MICHOACÁN

" ART. 299.- Comete el delito de robo, quien se apodera de una cosa mueble ajena y sin consentimiento de quién legítimamente pueda disponer de ella ".

Este concepto del tipo penal de robo, es igual al expresado, por el Estado de Guanajuato.

NUEVO LEÓN

" Art. 332.- Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa mueble ajena "

El tipo penal en comento, no exige la expresión " sin derecho y sin consentimiento " ya analizada, cabe hacer mención de que para que la conducta sea delictuosa, debe ir en contra de lo establecido por el orden jurídico; además si hubiera consentimiento, no se tipificaría el delito de robo.

QUINTANA ROO

" Art. 211.- Comete el delito de robo; el que se apodera de una cosa mueble ajena sin derecho y sin consentimiento de quién legalmente pueda disponer de ella ".

Este precepto, únicamente agrega la expresión " quién ", suprimiendo " sin derecho ".

SONORA

"Art. 294.- Comete el delito de robo; el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Aquí únicamente se suprime la expresión "sin derecho".



" Art. 173.- Al que se apodere de una cosa total o parcialmente ajena, mueble, sin consentimiento de quien puede disponer de la misma, conforme a la ley con animo de dominio, lucro, o de uso, se sancionara . . .

Este precepto consigna el apoderamiento de una "cosa total o parcialmente ajena", con lo cual pone solución a la problemática anteriormente citada con respecto al apoderamiento entre copropietarios y coherederos, que por resquicio jurídico dejaba impune la conducta "típica" entre dichos sujetos, respecto a los cuales ostentan una calidad específica; respecto al "ánimo de dominio, lucro o uso", los dos primeros poseen características análogas, en cuanto al último, absorbe al llamado "robo de uso 2, que a decir de la doctrina posee los mismos elementos de robo, salvo por el elemento subjetivo específico.



" Art. 338.- Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de quién legalmente pueda disponer de ella".

Este precepto es similar al citado por el Estado de Quintana roo.

Las Entidades Federativas restantes, poseen conceptos muy similares a los ya mencionado, de ahí el por que no hacer transcripción de ellos.

CAPITULO SEGUNDO

DELITO DE ROBO GENÉRICO

2.1 CONCEPTO

GENERALIDADES

Podemos afirmar que el Derecho Penal, dispone de dos medios para alcanzar su fin, los cuales son: La Ciencia Penal y la Ciencia del Derecho Penal, conocida también como Dogmática Jurídica Penal.

Por principio de orden, el Derecho Penal, en sentido objetivo, dice el Maestro Cuello Calón, " Es el conjunto de Normas Jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que con aquellos son sancionados". Para Pessina es el " Conjunto de principios relativos al castigo del delito ".⁷³

Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo, es el " Conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectado en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica ".

Raúl Carranca y Trujillo, estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado; " es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación "⁷⁴

En sentido subjetivo el Derecho Penal se identifica con el "Jus Puniendi", " el derecho a castigar, consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y en su caso imponerlas y ejecutarlas. Continuando con la enseñanza del Maestro Cuello Calón, nos dice que " es el derecho del Estado a determinar, imponer y

⁷³ Castellanos Tema Fernando. Ob. Cit. p 24

ejecutar las penas y demás medios de lucha contra la criminalidad".⁷⁵

En realidad el Derecho Penal subjetivo, es " el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad".

El Derecho Penal sustantivo o material, lo constituyen las normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad, es decir, se concreta por la noción del delito y la determinación de sus consecuencias.⁷⁶

Por otro lado el Derecho Adjetivo o instrumental, mejor llamado Derecho Procesal Penal, lo suelen definir como " El conjunto de Normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a los casos particulares, es decir la regulación del desenvolvimiento del Proceso Penal.

Para Eugenio Calón, según cita el Maestro Castellanos Tena, la Ciencia del Derecho Penal, es " el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad".⁷⁷

Suele identificarse a la Dogmática Jurídico-Penal, con la Ciencia del Derecho Penal, sin embargo se considera que la primera es parte de la segunda opina el Maestro Castellanos Tena⁷⁸ para concluir diciendo que la Ciencia del Derecho Penal, comprende a la Dogmática, de ahí que la Dogmática sea una rama de la Ciencia del Derecho Penal, cuyo objeto sea el estudio integral del ordenamiento Penal positivo y que la diferencia entre la Dogmática del Derecho Penal y la Dogmática Jurídico Penal es que la dogma es ciencia, pero no toda ciencia es dogma.

Es a través de Maggiore, que el Maestro Porte Petit, expreso: "Dogmática significa ciencia de los dogmas, o sea, de las Normas Jurídicas dadas dogmáticamente como verdades ciertas e indiscutibles". Grisigni sostiene por su parte sigue explicando el Maestro Celestino.- " la norma debe ser aceptada tal y como es, como un dogma... y precisamente por esto la disciplina se llama Dogmática Jurídica ". Y Soler añade según el mismo autor.- "subraya que el estudio del Derecho Penal se llama dogmático, porque supone la existencia de una ley".⁷⁹

⁷⁴ Carranca y Trujillo Raul. Ob. Cit. p 225

⁷⁵ Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit. p 8

⁷⁶ Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Editorial Temis. Buenos Aires 1939. Citado por Cuello Calón Op. Cit p 83

⁷⁷ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 24 y 25

⁷⁸ Idem. Op cit. p 24 y 25

⁷⁹ Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la parte gral del Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1980, 2ª edc. p 28.

Por otro lado el método de la Dogmática Jurídico Penal, como ciencia normativa del deber ser, es un método Dogmático técnico Jurídico, que consiste en apreciación del Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni.- " en un análisis de la letra del texto de la ley, en su descomposición analítica, en elementos (unidades o dogmas lo que arroja como resultado una construcción o teoría". El Maestro Jiménez de Asúa, niega que el método Jurídico, sea adecuado para el estudio del contenido del Derecho y afirma que en realidad el método adecuado es el método teleológico, ya que el Derecho es una Ciencia Finalista y este método averigua la función de la creación de la ley,... explora los conceptos; esclarece el bien jurídico; desentraña el tipo penal etc.⁸⁰

La Teoría del delito es una parte de la Ciencia del Derecho Penal, que tiene por objeto el estudio de los aspectos positivos y negativos del delito, así como las formas en que se puede manifestar.

Por lo que la Teoría del delito estudia aquellos componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible.

Por su parte el Maestro Castellanos Tena nos enseña que " a pesar de haber estimado que en las definiciones del delito, se incluyen elementos no esenciales ", se tiene que hacer un estudio de estos conjuntamente con los que son, esto para tener una idea más completa, y siguiendo el sistema de Jiménez de Asúa que aparece en su tratado de la "Ley y el Delito", a su vez tomada de Guillermo Saver, de acuerdo con el método Aristotélico de sic et non, contraponiendo lo que es el delito con lo que no es, así encontramos el celebre cuadro de los aspectos positivos y negativos del delito que son.⁸¹

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
--------------------	--------------------

- | | |
|----------------------------|--|
| 1.- CONDUCTA (ACTIVIDAD) | - AUSENCIA DE CONDUCTA
(FALTA DE ACCION) |
| 2.- TIPICIDAD | - ATIPICIDAD (AUSENCIA DEL TIPO) |
| 3.- ANTIJURIDICIDAD | - CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
- CAUSAS DE JUSTIFICACION |
| 4.- IMPUTABILIDAD | - CAUSAS DE IMPUTABILIDAD |
| 5.- CULPABILIDAD | - CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD |

⁸⁰ Jiménez de Asua Luis, Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito), Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edc. p 28.

- 6.- CONDICIONES OBJETIVAS - FALTA DE CONDICIÓN OBJETIVA
 7.- PUNIBILIDAD - EXCUSAS ABSOLUTORIAS

De los anteriores elementos, sólo se consideran esenciales para la configuración del delito los siguientes :

- a) La Conducta b) La Antijuridicidad c) la Culpabilidad

CONCERTO DEL DELITO

Es el principal objeto de estudio de nuestra disciplina y es la elaboración científica de sus elementos, realizada fundamentalmente por la doctrina Alemana e Italiana, elevó al rango de auténtica disciplina Jurídica a la Ciencia del Derecho Penal.

Max Ernesto Mayer.- define al delito como "el acontecimiento típico, antijurídico e imputable ". Mayer emplea la palabra imputable en el amplio sentido de la culpabilidad, y por ello en este punto, no difiere esencialmente su concepto del delito expuesto por Beling; de allí que su definición surgiera la necesidad de intercalar un nuevo carácter de las infracciones penales. La imputabilidad, que corresponde a la parte del delincuente.

Edmundo Mezger.- famoso penalista, sucesor de Ernesto Beling, reduce la definición al señalar en el delito estos elementos: "acción típicamente antijurídica y culpable ". Para nada alude a las condiciones objetivas de la penalidad, ni tampoco a la penalidad, que es para él, una consecuencia del delito y no una característica.⁸²

En este orden de ideas señalaremos las diversas concepciones que estudiosos del derecho indican como delito; así para Cuello Calón, el delito es la " acción humana, antijurídica, típica y culpable y punible,⁸³ por su parte Jiménez de Asúa dice " 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 ".⁸⁴ "Por lo que para este último, los elementos del delito son actividad; adecuación típica; antijurídica; Imputabilidad; culpabilidad; penalidad, y en ciertos casos condiciones objetivas de punibilidad. Concepto que es muy similar al de Edmundo Mezger, para quien el delito es " una acción típicamente antijurídica y culpable ", sin embargo para Márquez Piñero, el delito debe integrarse de los siguientes

⁸¹ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 133 y 134.

⁸² Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edc. p 28.

⁸³ Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit. p 236

⁸⁴ Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. Op. Cit p 256.

elementos: " un acto humano (acción u omisión); éste debe ser antijurídico, debe estar previsto en la ley como delito, el acto debe ser culpable, imputable (por dolo o culpa); y esta sancionado por una pena.⁶⁵

Por lo tanto la esencia técnico Jurídica de la infracción Penal, a la luz de la dogmática Jurídico Penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

De aquellos conceptos se deduce que para ser delito un acto necesita reunir estos requisitos :

- 1.- Acción descrita objetivamente en la ley, es decir **tipicidad**;
- 2.- Contraria a derecho, esto es, que exista **antijuridicidad**;
- 3.- Dolosa o culposa, es decir que medie **culpabilidad**;
- 4.- Sancionada con una pena, ósea, que tenga fijada una penalidad;
- 5.- Se den las condiciones objetivas de **punibilidad**.

Por lo que siguiendo la línea de Jiménez de Asúa, la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad y las condiciones objetivas son advertencias e inconstantes. Así las cosas a la imputabilidad se considera un presupuesto de la culpabilidad, pero no es un elemento del delito. Por otro lado la punibilidad, tampoco es un elemento esencial del delito, sino que es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo. Sin embargo el profesor Celestino Porte Petit, manifestó en primer termino hablando de la naturaleza de la punibilidad, expresando, " que la penalidad era un elemento esencial del delito, esto en función del artículo 7° del Código penal, al definirlo como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, opinión que evolucionó a tal grado de negar posteriormente el rango de elemento esencial del delito, manifestando que cuando " la ley exige una condición objetiva de punibilidad, su ausencia suspende la posibilidad de punición, lo cual sirve para confirmar que la punibilidad no es un elemento, sino consecuencia del ilícito penal".

Las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco constituyen un elemento esencial del delito, puesto que sólo por excepción son exigidas por el Legislador como condiciones para la imposición de penas, además de que en nuestro presente tema no las exige.

⁶⁵ Márquez Piñero Rafael, Derecho Penal, parte general, Editorial Trilix, México 1994. 3a edic. p 133.

En otro orden de ideas, cabe señalar que el filósofo y Jurista Alemán Guillermo Saver, constituyo frente a las características positivas del delito, su aspecto negativo, doctrina que es completada por Luis Jiménez de Asúa en su tratado " la ley y el delito ", en el cual manifiesta que cada ausencia de los requisitos del delito crea un Instituto Jurídico Penal de importancia superlativa.

De ahí el plan del presente trabajo que se propondrá ilustrar cada uno de los aspectos positivos del delito, y junto a ellos su aspecto negativo.

Por lo que en resumen y ejemplificando lo anteriormente indicado de manera somera, procederemos a analizar en primer plano al elemento que es la **Conducta**; observando inicialmente si la hay; luego verificar su amoldamiento al tipo legal; **Tipicidad**; después constatar si dicha conducta típica esta 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**, por lo que a continuación procederemos a realizar el análisis del delito de robo y aún con las limitaciones que por ende se citan en el presente trabajo.

2.2 ASPECTOS POSITIVOS

CONDUCTA

Cuestión Previa sobre su Denominación

La Norma Jurídico Penal, pretende la regulación de las conductas humanas, por lo que, para la existencia del delito se requiere la realización de un comportamiento humano, de tal manera que el pensamiento; las ideas, actos de animales o fenómenos de la naturaleza no pueden constituir un delito.

Con toda razón, se ha asignado a la conducta un importante y primario lugar, dentro de la teoría del delito. Battagini, afirma que la conducta constituye el nudo de la figura del delito. Maggiore y Antón Oneca, estiman que el concepto de acción es central. En fin Berner considera que *la conducta es como el esqueleto sobre el cual se configura el delito. Para Porte Petit, la conducta dentro de la prelación lógica, ocupa el primer lugar en los que descansan los restantes*

elementos del delito. viene a ser la objetiva penal y la culpabilidad, se agregan como adjetivo, y por lo tanto fundamental es el principio según el cual: *Nessum reato senza una condotta humana*.⁸⁶

Empero, la sola actividad o movimiento, por si sólo no constituye acción (conducta), puesto que es necesario que exista además la manifestación de la voluntad.

De manera que la "conducta" consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa). Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Los términos "acción", "acto", "acontecimiento o Acontecimiento", "mutación en el mundo exterior", "hecho", son sinónimos de conducta.

La conducta dice González Quintanilla "es un comportamiento en el cual media un movimiento de la Psique, ósea, el "Yo" interno del individuo se mueve. Así en la conducta intervienen dos factores uno Material externo llamado "soma" (cuerpo materia) y otro de carácter interno denominado "psique" (ánimico, mental y espiritual), uno que procede el mecanismo mental y el otro la exterioriza".⁸⁷

La doctrina no es acorde terminológicamente para denominar al elemento conducta, también conocido como "acto", "acción" o "hecho". Asimismo Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra "acto", en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión", y que el define de la siguiente manera:

Acto.- Es la manifestación de la 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.⁸⁸

Acción.- existen dos corrientes la que opta por aceptar la acción como comprensiva de la acción y omisión, la acción en sentido lato. Por otro lado la que estima que no debe usarse el término acción como agotador de las dos formas de conducta, sino únicamente para designar "el hacer".⁸⁹

⁸⁶ Porte Petit Candauap Celestino. Apuntamientos de la parte general del Derecho penal. Editorial Porrúa, México 1998. 17a edc. p. 287-296

⁸⁷ González Quintanilla José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1997. 4ª edc. p 195

⁸⁸ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (La Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edc. p 28.

⁸⁹ Idem p 28-29

Continúa explicando el Jiménez de Asúa que el acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. De ahí que por el uso de una terminología variada, el elemento objetivo se le denomina acción, evidentemente en ella se incluyo tanto el resultado como el nexo causal, dada la amplitud de dicho termino; así como acto, conducta y hecho; de ahí que el Maestro Porte Petit hablaba de una conducta o hecho que para él, la primera no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto a la propia conducta como al resultado y al nexo de causalidad cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior.⁹⁰

Otros autores utilizan en particular sentido penal la voz " hecho ", considerando que "hecho", es la conducta más el nexo causal y el resultado.

Por ejemplo para el profesor Pavón Vasconcelos, indica que la denominación de "hecho", tiene preferencia entre el léxico de Cavallo, Julio Klein, Franco Guzmán y Porte Petit; siendo en opinión de este último, que cuando el delito causa cambios en el mundo exterior se le denomina hecho, es decir, en un sentido material y cuando es en sentido formal se le denomina conducta.⁹¹

Por lo que para Eugenio Raúl Zaffaroni, continúa diciendo Pavón Vasconcelos al citarlo en su obra, la expresión "hecho" debe ser entendida aproximadamente como todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos o obligaciones además de hacer la distinción en que los hechos pueden ser humanos (si participa el hombre en cualquier forma que lo haga), los cuales se subdividen en voluntarios e involuntarios, y los hechos voluntarios son precisamente las conductas; o de la naturaleza (en el que no participa el hombre).⁹²

En el caso del Maestro Raúl Carranca y Trujillo quien también es citado por el Maestro Vasconcelos; nos dice que para este primero la conducta es un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. si es positivo nos dice consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causara un resultado. De ahí que la expresión " acción ", termino genérico comprensivo de la acción en sentido

⁹⁰ Ibidem p. 29

⁹¹ Pavón Vasconcelos Francisco H. Manual de Derecho Penal (parte general). Editorial Porrúa, México 1995. 12ª edc. p 287-289

⁹² Ibidem Op. cit. p 360.

estricto y de la omisión; es usada entre otros, por Cuello Calón, Antolisei, y Maggiore.⁹³

Consultando directamente a uno de los citados autores encontramos, que para Cuello Calón " la expresión acción en sentido amplio, comprende a la conducta activa, el hacer positivo, la acción stricto sensu, y la conducta pasiva, la omisión ".⁹⁴ La acción, según este autor, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.

Retomando la opinión del Maestro Jiménez de Asúa, podemos referir que emplea el término acto.- (e indistintamente acción lato sensu) y no hecho, porque para el " hecho " es todo acontecimiento de la vida, y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza, en cambio como ya indicamos anteriormente para el Acto.- supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta. Advirtiendo que usa la palabra acto, en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo (acción) y del negativo (omisión).⁹⁵

En el caso de Eugenio Florain, citado por Castellanos Tena, nos indica que la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible.⁹⁶

Por lo que entrando en materia nos indica el Maestro Porte Petit que tan pronto se realiza una conducta o un hecho, y que si además se llena algún otro elemento típico exigido, hay tipicidad; en tanto existe una adecuación a alguno de los tipos que describe el Código Penal, antijuridicidad; en cuanto que habiendo tipicidad no este el sujeto amparado o protegido por causa de licitud de las que recoge el artículo 15, en sus respectivas fracciones. Ahora bien habrá imputabilidad, al no concurrir la "excepción a la regla " de no capacidad de obrar en el Derecho Penal, contenida en la fracción II del citado artículo 15, cuando no exista una causa de imputabilidad. Habrá culpabilidad, atendiendo a lo preceptuado por los artículos 8 y 9 fracción II del Código Penal, y por último, concurrirá la punibilidad, sino se presenta una de las excusas absolutorias a que alude la propia ley.⁹⁷

El elemento objetivo continua señalando este Maestro, puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad

⁹³ Ibidem Op cit p 156

⁹⁴ Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit. p 345.

⁹⁵ Jiménez de Asua Luis, Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edc. p 28.

⁹⁶ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 134

⁹⁷ Porte Petit Candelario Celsstino. Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1998, 17ª edc.

(ejecución) voluntaria (concepto y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay una violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.⁹⁸

Retomando la opinión del Maestro Pavón Vasconcelos, afirma que el termino conducta es adoptado por Castellanos Tena y Jiménez Huerta, y señalando que este último es de su preferencia " no solamente por ser un termino más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior sino por reflejar también el sentido finalista, que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder afirmar que integran un comportamiento dado."⁹⁹

El Código Penal para el Distrito Federal, prescribe que la acción y la omisión son los dos únicos modos que reviste la conducta incriminable (art. 7 del C.P.) actividad positiva se hace lo que se debe de hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber de hacer, criterio que como ya se indicó es sustentado por el Maestro Porte Petit.

La conducta humana, manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto, por lo que para fines penales no incluye a los movimientos reflejos que no son voluntarios (art. 15 f. X del C.P.), va a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible (art. 15 f I del C.P.); y por no constituir movimiento corporal tampoco incluye los pensamientos, las ideas e intenciones; cogitationis delinquere non potest.¹⁰⁰

Por todo lo anterior, advertimos que la conducta consiste en un comportamiento traducido exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria; por ello, son formas de conducta la acción y la omisión subdividida esta última en omisión simple por violación de una norma preceptiva y en omisión impropia o comisión por omisión, cuando con violación de una norma preceptiva existe además la violación de una norma prohibitiva, como puede ser por ejemplo, la omisión del deber de cuidado que la ley impone, infringiendo además un precepto reglamentario (delito imprudencia con motivo de hechos de tránsito terrestre de vehículos).

p 287-296.

⁹⁸ *Idem Op. Cit* p 296

⁹⁹ Pavón Vasconcelos Francisco H. *Ob. Cit Op cit.* p 184

¹⁰⁰ Carrancá y Trujillo Raúl. *Ob. Cit.* p 275-277

" Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, por este resultado ya no se es parte integrante de la acción."¹⁰¹

" En los delitos de resultado, entre acción y resultado debe darse una relación de causalidad, es decir, una relación que permita ya, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado " ¹⁰²

Respecto al resultado y nexo causal se hablara al momento de entrar al estudio de la tipicidad.

ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Celestino Porte Pett, escribe generalmente se señalan como elementos de la acción:

- 1) Una manifestación de la voluntad.
- 2) Un resultado
- 3) Una relación de causalidad...

La manifestación de la voluntad la refieren a la conducta y no al resultado. La Conducta en el Derecho Penal, se entiende sólo como conducta culpable que abarca a la conducta y al resultado.

Para Cuello Calón, estos elementos son : " un acto de Voluntad y una actividad corporal. Para Jiménez de Asúa son tres a) Manifestación de la voluntad, b) Resultado y c) Relación de causalidad. Para Edmundo Mezger, en la acción se encuentran los siguientes elementos; un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Se incluyen dentro de estas corrientes a Ferrer Sama, Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Piug Peña, Liszt.

ANALISIS

1.- MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD: Basta que el sujeto quiera su propio obrar, dicha manifestación ha de ser consciente y espontanea, según se afirma por la gran parte de la doctrina, ya que no constituyen verdadera acción los hechos realizados, por ejemplo, en

¹⁰¹ Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit. Op. Cit p 345.

sueños o por movimientos meramente reflejos, y menos aún aquellos que se realizan cuando el sujeto se halla constreñido por una fuerza irresistible.

La voluntad, es por consiguiente una facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos. Es por tanto una libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca a inervación y a movimiento, o también a detención, un músculo.

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 de la acción.¹⁰³

El movimiento corporal sigue señalando el Maestro Betancourt es la parte externa de la acción y consiste en el cambio de posición del cuerpo o bien una parte del mismo 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.

2.- RESULTADO.- La acción es causa de un resultado, que es la "modificación del mundo exterior" (Maggiore), el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres o en las cosas; en los delitos de resultado externo, de lesión o de daño, cambio tangible y material (p. e. lesiones) o en los de simple actividad, cambio sólo psíquico (p. e. injurias) también es resultado el peligro de cambio en los delitos de peligro (p. e. abandono de personas).¹⁰⁴

Resultado.- se define como la total realización típica exterior, ósea, la conducta corporal del agente y el resultado externo que ella causa (Mezger citado por Betancourt).

El resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, Maggiore citado este por Jiménez de Asúa y para quien el resultado es "la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, es decir la realización del tipo del delito fijado por la ley, resultado, es el efecto voluntario en el mundo exterior, la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa.¹⁰⁵ Por lo que el último de los citados nos afirma que el resultado, consiste en el cambio material en el mundo exterior y mutaciones de orden plural, porque no existe

¹⁰² Muñoz Conde Francisco. Teoría del delito. Editorial Temis. Bogotá 1992. 2ª ed. p 33

¹⁰³ Lopez Betancourt Eduarado. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5ª ed. p 87-88

¹⁰⁴ Idem Op. Cit. p 88

delito sin resultado.

Habla de delitos materiales y formales, los últimos son delitos de simple actividad o meros delitos de acción y los materiales, son delitos de resultado externo.

En los delitos materiales, pertenece también a la acción el resultado. Entendido como el efecto natural de la conducta humana que supone una alteración del mundo externo, y que el ordenamiento punitivo toma en consideración en la descripción típica. Rodríguez Ramos citado por el Profesor Betancourt nos señala que lo define como " modificación verificable del mundo exterior trascendente en el ámbito jurídico penal ". Antolisei, también citado por el mismo es " el efecto natural de la conducta que el derecho toma en consideración en cuanto conecta a su producción consecuencias de carácter penal".¹⁰⁶

Siguiendo el razonamiento del Maestro Jiménez de Asúa, nos muestra que en los delitos de simple actividad, se agota el tipo en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo. La actividad (los actos) son necesarios en ambas formas de delitos, la diferencia radica en el resultado existente o ausente.¹⁰⁷

En los delitos de peligro, sólo se exige, que se haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido por el Derecho, lo cual es importante para la producción de un curso causal esperado. De ahí que el concepto de peligro, implique la posibilidad inmediata, la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado.

Ahora bien en los delitos abstractos, en los que si bien el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial.

Tocante a los delitos de 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, es decir la realidad del curso causal de hecho.¹⁰⁸

3.-NEXO CAUSAL.- Aristóteles definió la causa como " todo principio por cuyo influjo pasa del no ser algo de si indiferente para existir ".

Mezger, citado también por Jiménez de Asúa nos define la causa, como aquella que fuere adecuada para producir un resultado.

¹⁰² Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª ed. p 28.

¹⁰⁶ López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5ª ed. p 87-88

¹⁰⁷ Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. Op. Cit p 256-257

¹⁰⁸ Ídem . Op. Cit. P 257

Continúa la instrucción y afirma que una conducta, mejor dicho un acto humano, que comprende la acción ejecutada (acción sensu stricto) y la acción esperada (omisión) y de otra, el resultado sobrevenido, para que pueda ser inculcado precisa existir un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido.¹⁰⁹

Ahora bien en opinión del Profesor Betancourt, la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para ser atribuible al sujeto, siendo dicho nexo causal elemento de la conducta y no como dicen algunos autores elemento del delito.¹¹⁰

Cabe hacer el señalamiento de que diversas teorías han tratado de analizar a este elemento pero la mas aceptada es la teoría de la equivalencia de las condiciones, los autores explican que si se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría, dentro de las cuales tenemos:

La Teoría de la causalidad eficiente llamada también teoría de la equivalencia de las condiciones se expresa someramente: " Antes que una cualquiera de las condiciones se asocie a las demás, resultan todas ineficaces y la condición no se produce; pero al unirse a las otras causa la casualidad de ellos y, por lo tanto, debe establecerse que cada una es causa de toda la consecuencia (Von Buri citado por Carranca); existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado cuando este no hubiera tenido lugar sin aquel, es decir cuando no se pueda suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido (conditio sine qua non sublata causa tollitor effectus); todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor."¹¹¹

Por otro lado el Profesor Celestino Porte Petit, escribe que la relación de causalidad " es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta, resultado."¹¹²

En los delitos materiales, en los cuales se exige la producción de un resultado, debe existir además a una relación de causalidad entre la conducta corporal y el resultado, en virtud de la cual pueda afirmarse que la primera ha sido la causa del resultado producido.¹¹³

¹⁰⁹ Ibidem p 221

¹¹⁰ López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5ª edc. p 87-88

¹¹¹ Carranca y Rivas Raúl. Ob. Cit. p 277,280,281.

¹¹² Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la parte gral del Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1980. 2ª edc. p 35.

¹¹³ Idem p 35.

LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ROBO ART. 367 DEL C.P.

El Maestro Carrancá al citar al Maestro Francisco Pavón Vasconcelos, afirma que " la acción típica en el robo esta expresada en la ley con el termino " arrepentimiento ", e inmediatamente hace referencia al artículo 369, del Código Penal para el Distrito Federal, diciendo resulta claro que dicho termino expresa " la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción y un resultado material concreto integrantes de un hecho de naturaleza causal, en el cual la actividad humana sea condición "; más adelante expone " si hemos afirmado que la conducta en el robo consiste en el apoderamiento y si aquella por si misma agota el primer elemento objetivo del delito, cuando se consuma este? Hace el cuestionamiento, y concluye diciendo que existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera del poder del dueño o del poseedor para entrar en la esfera de acción del ladrón.¹¹⁴

Por su parte el celebre Maestro Porte Petit al referirse al profesor Francisco González de la Vega, nos señala que al estudiar el contenido del artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal, expresa, que " en nuestro Derecho el apoderamiento, es la acción consumativa del delito de robo ", y que para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella (Art. 369), considerando, que al redactarse el anterior precepto del Código vigente, se mejoro técnicamente el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón tiene en sus manos la cosa robada.

Este mismo autor al citar a Mariano Jiménez Huerta.- expresa que " el núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento que ha de realizar el sujeto activo, según el diccionario de la Real Academia Española apoderarse significa " ponerla bajo su poder " añadiendo que el sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando, en cada caso concreto concurren aquellas circunstancias fácticas precisas para que lógica y jurídicamente pueda afirmarse que ha quebrantado la posesión ajena y que, la cosa de hecho, ha quedado, aunque sólo fuere momentáneamente, bajo su potestad material.¹¹⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que el apoderamiento es el acto por el cual la cosa ajena pasa a poder del ladrón. " Apoderamiento es el acto de hacer llegar una cosa a nuestro poder. Por este termino de poder se entiende la facultad de

¹¹⁴ Porte Petit Candaup Celestino. Ob. Cit. p. 11-12

disposición sobre la cosa para fines propios, siendo ante todo, la facultad de disponer un acto de la voluntad por el que actuamos sobre la cosa deliberada y conscientemente". " El apoderamiento implica sustraer el objeto material del ilícito y colocarlo bajo el poder de hecho del activo ". " El apoderamiento, en el robo, no es sino la acción por la cual el agente activo del delito toma la cosa que no tenía, privando así del objeto a su propietario o detentador legítimo ". " El apoderamiento es acción constitutiva del delito de robo, al desposeer al ofendido de un objeto de su propiedad ". " dos son los elementos integradores del apoderamiento en el delito de robo: el material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa, y el moral o interno, consistente en el propósito del activo. En efecto, siendo el delito un acto humano, no se le puede considerar desligado del elemento moral (conocimiento y voluntad), por lo que el acto material consiste en el apoderamiento, lleva el elemento de apoderarse de lo que es ajeno por parte del activo.¹¹⁶

Del artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, siendo este igual al Código Penal de 1871, podemos desprender que los elementos materiales y normativos del delito de robo, según su estructura legal, son: 1) una acción de apoderamiento; 2) de cosa mueble ; 3) que la cosa sea ajena; 4) que el apoderamiento se realice sin derecho; y 5) que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que pueda disponer de la cosa conforme a la ley.

Los anteriores elementos son a continuación examinados por separado por el Maestro Francisco González de la Vega de la siguiente forma:

I.- Apoderamiento.- apoderarse significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal, la noción de apoderarse en el delito de robo se limita a la acción de aprehender o tomar directa o indirectamente la cosa.

Hay aprehensión directa.- cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente, se adueña de la cosa; es decir existe robo cuando el ladrón toma en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento.

Es Indirecta.- cuando con medios desviados logra el agente adquirir, sin derecho ni consentimiento, la tenencia material de la cosa; la tangibilidad de la cosa por el ladrón no es, en consecuencia, requisito indispensable del robo.

II.- La Cosa Mueble.- Por determinación del artículo 367 del mismo Ordenamiento Legal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede recaer la acción delictiva de robo. a) desde el punto de vista gramatical - cosas muebles - movibles se altere su

¹¹⁶ Idem . Op. Cit. p 11-13

sustancia; b) de acuerdo con la clasificación, son bienes muebles los que tienen naturaleza física, ósea los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

III.- Cosa Ajena.- La define como que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo, basta con demostrarse que el objeto mueble material de la infracción no pertenece al autor.

IV.- El apoderamiento sin derecho.- este autor afirma que la mención que hace el Código al describir el robo exigiendo para su integración que el apoderamiento se realice sin derecho es innecesaria, ya que el apoderamiento para ser constitutivo de delito debe ejercitarse sin derecho o antijurídicamente.

V.- Apoderamiento sin consentimiento de la persona que pueda disponer de la cosa conforme a la ley.- según este autor este requisito puede manifestarse de tres formas :

a) Contra la voluntad libre y expresa del paciente de la infracción, lográndose el apoderamiento por el empleo de la violencia física o moral contra el sujeto pasivo.

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

c) Por último, en ausencia de la voluntad del ofendido, sin consentimiento ni intervención de este, cuando el robo se comete furtiva o subsecuentemente.¹¹⁷

Ahora en opinión del Profesor Arturo González Quintanilla la clasificación del delito en orden a sus elementos es:

1) OBJETIVOS .

1) Apoderamiento de la cosa, es un elemento de carácter objetivo, se trata de una conducta que se aprecia por los sentidos, entendido como tomar la cosa hacia sí, colocándola de hecho bajo el poder del activo.

2) El bien mueble, considerado en sí mismo, ya sea apreciable materialmente, o bien en el caso de los derechos, cuando son acreditables, materializados mediante documentación.

¹¹⁶ *Ibidem* . Op. Cit. 12-13

¹¹⁷ González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. (Los delitos). Editorial Porrúa. México 1993. 26a edc. p. 169-180

II) SUBJETIVOS

1) Sin consentimiento.- deriva del animo del pasivo para no desear que se lleve a cabo la conducta en cuanto al apoderamiento realizado por el activo, es decir, no permite, ni da su consentimiento para ser desposeído de la cosa.

2) El derecho de disposición que tiene el pasivo sobre los bienes objeto de la conducta. En cuanto al ánimo del pasivo para decidir su actuar o no, disponiendo de los bienes; disposición prevista por nuestras Instituciones Jurídicas, implicando aquellos actos relativos al goce, disfrute, transmisión, explotación, reivindicación, que sin afectar otros derechos de terceros o de la comunidad pueda llevar a cabo el titular de un bien como dueño o poseedor legitimado.

3) Animo de apropiación.- hace referencia a situaciones de orden anímico del sujeto activo.

III) NORMATIVOS

1) Concepto de bien mueble, se trate de algo material, aprehensible y susceptible de ser trasladado de un lugar a otro.

2) El concepto de ajeno.- consiste en todo lo que no pertenece al agente activo, es decir que no se encuentra dentro de la esfera de goce, disfrute y disposición de bienes o derechos.

3) El concepto de disposición de un bien.- el concepto de disposición esta delimitado por lo que el derecho describe como tal, consistente en las facultades del pasivo mencionadas (goce, disfrute, transmisión).¹¹⁸

El maestro Pavón Vasconcelos nos indica que el término apoderamiento expresa la acción del sujeto; es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y substraer la cosa de la potestad dominical de su titular, y no la acción de un resultado material concreto, integradores de un hecho de la naturaleza causal, en la cual la actividad humana sea condición, " existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño o del poseedor, para entrar en la esfera de la acción del ladrón o como dice Núñez citado por el primero, hay consumación de apoderamiento del ladrón, esto es hurto, cuando hay desapoderamiento del perjudicado.¹¹⁹

¹¹⁸ González Quintanilla Arturo. Ob. Cit. p. 811-812

¹¹⁹ Pavón Vasconcelos Francisco H. Ob. Cit. p 287-289

El problema de la consumación en el robo, en la Legislación Penal Mexicana, no es de fácil solución, dada su peculiar reglamentación, pues por una parte, el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que " comete el delito de robo, el que se apodera ", y por otra parte el artículo 369, del mismo cuerpo de Leyes, se establece, que " se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo despoderen de ella ".

Partiremos del análisis del precepto normativo que contempla el delito de robo, comprendido en el artículo 367 del Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, mismo que a continuación se transcribe para ser objeto de estudio.

" Art. 367.- 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 "

El Apoderamiento, es la acción de aprehender o tomar " directa" o "indirectamente" la cosa, con lo que se consigue su posesión, para ejercer sobre ella un poder de hecho, siempre y cuando esa aprehensión se realice con el propósito de adueñarse. ¹²⁰

De lo anterior se desprende que el apoderamiento se compone de dos elementos; uno "material "- la toma de posesión de la cosa y otro " subjetivo, consiste en ponerlo bajo su control, conocido como ánimo de "apropiación ", de "dueño ", de "lucro" (en España) de "dominio ". (en Francia).

El verbo que define la conducta es: "apoderarse" de un bien mueble ajeno, sin derecho y sin consentimiento de quien pueda disponer de él, entendiéndose por "apoderarse" tomar o desplazar la cosa hacia sí, quedando sometida físicamente a la potestad del delincuente, aún en el caso de que el activo esconda u oculte los bienes dentro del área de influencia del pasivo, para colocarlos de tal manera, que sólo él podrá retomarlos. ¹²¹

Este criterio ha sido adoptado por nuestros Tribunales al sostener: " El delito de Robo llega a la consumación, si se realiza la conducta típica de apoderamiento, la cual implica, en cuanto al sujeto pasivo, desapoderamiento, vulnerándose así el bien jurídico del patrimonio, al sustraer el inculpado el objeto material del ilícito y colocarlo bajo su poder de hecho; sin que

¹²⁰ González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1993, 26ª edo. p 171.

¹²¹ González Quintanilla José Arturo. Ob. Cít., p 807 y 808.

sea relevante la circunstancia de que el sujeto activo, no logre el bien materia del robo del local del ofendido, dado que ello, en última instancia, tendría significado en cuanto al agotamiento del delito, por el logro de la finalidad del acusado; pero es intrascendente en orden a la consumación misma que ocurre desde el momento en que el sujeto activo toma el objeto, pues desde ese instante se ataca el bien jurídicamente tutelado, en razón de que el ofendido, en la hipótesis de querer disponer del bien, no puede hacerlo, por haber salido de su esfera de su disposición ¹²²

Al estudiar el contenido del artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal, expresa, que en nuestro Derecho el "apoderamiento, es la acción consumativa del robo. Por lo que debemos de distinguir las diferentes clases de apoderamiento.

Para estos efectos el Maestro González Quintanilla nos define las diferentes tipos de apoderamiento y nos dice :

Apoderamiento Directo.- cuando el ladrón tomó en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento.

Apoderamiento Indirecto.- cuando el agente por medios desviados logra adquirir, sin derecho, ni consentimiento la tenencia material de la cosa; por ejemplo, cuando la hace ingresar a su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amaestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión.

En términos del numeral 369 del ordenamiento antes citado, para efectos Penales, se tiene por " consumado ", el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella, considerando, que al redactarse el artículo en comento del Código Penal para el Distrito Federal vigente, se mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del Código Penal de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón, - tiene en sus manos la cosa robada - ¹²³

Es decir el robo se consuma con la simple aprehensión (directa o indirecta) de la cosa, aun cuando el ladrón por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente, sin haberla desplazado o alejado del lugar en que la tomó, o que al ser sorprendido "in fragante" lo desapoderen de la cosa sin haberla desplazado; lo que indica que el legislador tomó en cuenta más que la acción final, la peligrosidad de la acción delictiva.

¹²² Semanario Judicial de la Federación " Robo apoderamiento como consumación del delito " 2 Tribunal Colegiado del 2º Circuito Amparo Directo 487/89. *Ibidem* p 808.

¹²³ Porte Petit Candaudap Celestino. *Ob. Cit.* p 12

TIPICIDAD

EVOLUCION HISTORICA DE LA TIPICIDAD

El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos, estos es incluyendo el dolo o la culpa - Doctrina Beling 1906 (descripción) 1915 Ernesto Mayer (indiciaria de la antijuridicidad).¹²⁴

En opinión del Maestro Ignacio Villalobos fue en Alemania donde comenzó a interpretarse por varios escritores la formación de un concepto definido del tipo (Tatbestand), que al principio se quiso tomar como la descripción total del delito, incluyendo el factor subjetivo de culpabilidad. sin embargo al citar a Beling nos indica rectificó esa latitud al cual se ha acreditado como parte de la doctrina sobre la tipicidad.¹²⁵

Afirma Jiménez de Asúa que el Tatbestand, es la versión en la lengua Alemana de los términos latinos Corpus Delicti.- designándose como aquel término, en una fase previa, el " hecho del delito", el contenido real del delito en oposición a su concepto, distinguiendo luego, en la evolución de la tipicidad, 3 fases bien diferenciadas:

Una primera fase, nos sigue refiriendo, o fase de la Independencia, en la que la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, con absoluta independencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Es la construcción de Beling, según cita este autor.

Una segunda fase, representada por Max Ernesto Mayer, en que la tipicidad no es ya una mera descripción, sino que cobra ya un carácter indiciario de la existencia de otros caracteres del delito y muy especialmente de la antijuridicidad, aunque ambas se hallen separadas tajantemente.

Por último una tercer fase, radicada esta como tesis de Mezger, en la cual la tipicidad adquiere el rango de ratio essendi de la antijuridicidad. Aquí nos afirma el Maestro Jiménez de Asúa que Mezger, al concebir el delito como conducta típicamente antijurídica, nos refiere que, el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no concurra una causa de

¹²⁴ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 134

exclusión de la antijuridicidad, es decir, una causa de justificación.¹²⁶

Para Beling, nos señala Luis Carlos Pérez, la tipicidad es una función meramente descriptiva, Mayer, agregó que constituye un indicio de la antijuridicidad, por su parte Mezger sostuvo que la Tipicidad determina la antijuridicidad.¹²⁷

Antaño, siguiendo a Mayer, estimábamos al tipo como la Ratio Cognoscendi de la antijuridicidad; es decir, como indicio de ella, sin embargo, han llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezger, al observar que toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de un justificante) por ser en los tipos en donde el Legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria.¹²⁸

Mezger afirmaba que " el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto . . . " ¹²⁹ Castellanos Tena coincide con Mezger en que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal como se puede apreciar en las diversas acepciones a continuación descritas por los distintos autores citados por el Maestro Lopez Betancourt.¹³⁰

Por ejemplo Francisco Blasio y Fernandez de Moreda.- para quien " La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una Norma, penalmente protegida ".

Para Leonardo Laudaburu nos refiere " la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la Ley Penal ".

Para Jiménez de Asúa, " la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción ".

¹²⁵ Villalobos Ignacio. Ob. Cit. p 266- 267

¹²⁶ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edo. p 30.

¹²⁷ Pérez Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Editorial Temis. México 1967. 3ª edo. p 483

¹²⁸ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 168

¹²⁹ Idem. p 169

¹³⁰ López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5ª edo. p 107- 108

Y por último al citar a Jiménez Huerta, nos manifiesta que se considera que la " adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias ".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que para que una conducta sea punible conforme al Derecho Positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de culpabilidad. Puede una conducta ser típica, por que la manifestación de la voluntad o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo Penal, como puede concurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando este era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, así, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos ¹³¹

La importancia de la tipicidad es fundamental, sino hay adecuación de la conducta al tipo Penal, no hay delito. Tipicidad se refiere a la conducta y tipo a la Ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el Legislador, sobre un hecho ilícito, es la formula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un acto. ¹³²

Dentro de la doctrina, la tipicidad fue creada por Beling, algunos autores han relacionado a la tipicidad con la antijuridicidad, originándose la teoría del " tipo avalorado ", la cual nos explica que la tipicidad no indica nada acerca de la antijuridicidad; otra posición ha sido que la tipicidad es indicio o presunción " juris tantum ", de la antijuridicidad; una mas considera a la tipicidad como la razón de ser de la antijuridicidad, de la cual se han derivado dos vertientes: una señala que si existe tipicidad, también antijuridicidad; la otra que dada la tipicidad habrá antijuridicidad, pero esta última puede excluirse por causa de justificación. ¹³³

Porte Petit establece en su tratado que la tipicidad juega en la teoría del delito la siguiente concepción:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito (Beling)

¹³¹ Idem. Op. Cit p 107-108

¹³² Ibidem Op. cit p 107- 108

¹³³ Ibidem. p 108

- b) La tipificada es un requisito del hecho, según el derecho positivo (Bataglini)
- c) La tipificada es uno de los elementos esenciales del delito (Castellanos)
- d) La tipicidad es una condición, pero no elementos del delito (Matos Escobedo)

Para el hispano Muñoz Conde, citado este por el Maestro Porte Petit, nos dice el tipo tiene en el Derecho Penal una triple función:

- a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una función de garantía, en la medida de que sólo los comportamientos subsumibles en el pueden ser sancionados penalmente; y
- c) Una función motivadora general, por cuanto el Legislador indica, en el tipo a los ciudadanos, los comportamientos prohibidos, para que se abstengan de realizarlo (prevención general).

Asimismo al citar al Maestro Jiménez Huerta, nos dice que este último al realizar un exhaustivo examen de las conductas típicas menciona que " el comportamiento injusto, antijurídico, que concretiza el tipo es puntualizado, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras por medio de referencia expresa a la valoración normativa de dicha conducta; y otras más mediante la especial apreciación de la proyección que surge desde lo más profundo del ánimo del autor " ¹³⁴

La conducta humana es configurada hipotéticamente por el precepto legal. dicha hipótesis constituye el tipo. " El tipo es la abstracción concreta que ha trazado el Legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito (Jiménez de Asúa) y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto. ¹³⁵

Acceptando el dogma Nullum Crimen Sine Lege, y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal que corresponda la acción, se afirma que la tipicidad es elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería incriminable la acción. De ahí la importancia del Nullum Crimen Sine Typo . . . el cual traducido al Art. 14 Constitucional, nos expresa que ningún hecho por antijurídico que sea, puede llegar a la categoría de delito, si al mismo tiempo

¹³⁴ Porte Petit Candaup Celestino. Ob. Cit. p 13.

no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una Norma Penal. Podemos decir por lo anterior, que " el Legislador del tipo concretizó lo que era una conducta incolora volviéndola sancionable ". En este orden dicho artículo en su párrafo III, nos indica que " En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.¹³⁶

En principio la pura descripción objetiva, como hace notar Jiménez de Asúa, tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal, como por ejemplo, "matar", "apoderarse" etc.. siendo la función de dicho verbo la de delimitar la acción.¹³⁷

Otras veces el Legislador pronuncia este autor, se vale de un verbo sustantivo, como ocurre en el delito de violación; algunas veces, el verbo por si mismo, no es expresivo de una conducta, indiciario de lo injusto, vuelve a indicar Jiménez de Asúa, sino que siendo la acción a que el verbo hace referencia irrelevante en cuanto a la antijuridicidad, deviene, precisamente, antijurídica al medio o a la condición del sujeto pasivo.

Continuando en esa enseñanza, este gran autor afirma que la Ley al definir los delitos, es decir al establecer los tipos legales se limita a menudo a dar una mera descripción objetiva.

En las nociones del hurto y del robo, el Legislador Argentino los caracteriza por el verbo "apoderarse", que forma el núcleo del tipo y añade; una referencia al objeto- cosa mueble- una alusión a las valoraciones jurídicas consistente en que la cosa sea ajena; y un elemento normativo, quitarla ilegítimamente, cuyo termino interpreta Soler de modo subjetivo.- al definir el robo se habla, además, del miedo: violencia contra las personas o fuerza en las cosas (art. 102 y 164).

Ahora bien tratándose de la conducta Jiménez de Asúa nos afirma que se describe y adquiere la condición de típica precisamente porque, para una sociedad determinada y en un momento dado, dicha conducta es considerada como contraria al orden social existente y por lo tanto antijurídica. Por ello, al encontrarnos ante una conducta típica hemos de concluir " a contrario sensu ", que dicha conducta es antijurídica, mostrándosenos de este modo la tipicidad como manifestación de la antijuridicidad, sin que ello quiera decir que la tipicidad constituya la esencia misma de la antijuridicidad, pues la existencia de esta es base, fundamento y

¹³⁵ Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano (parte general). Editorial Porrúa. México 1986 p 422- 423

¹³⁶ Porte Petit Candauap Celestino. Ob. Cit p 14

¹³⁷ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edc. p 30.

presupuesto de la tipicidad, la cual será consecuentemente, indicio de la existencia de la antijuridicidad, cumpliendo, a lo sumo, una función de concretización y conocimiento de la antijuridicidad a efectos Penales.¹³⁸

En la dogmática Alemana y Española, cita el Maestro Pavón Vasconcelos se encuentran acepciones del tipo Penal, las cuales coexisten en la doctrina actual, entendida esta acepción como problema de lenguaje y así tenemos:

- a) El tipo del injusto.- entendido como el conjunto de características que fundamentan la antijuridicidad de la acción.
- b) El tipo total del injusto.- que comprende las características fundamentales y las excluyentes (causas de justificación) de la antijuridicidad de la conducta.
- c) El tipo de culpabilidad.- que es el conjunto de características que fundamentan la culpabilidad del autor.
- d) El tipo del delito.- que comprende conjuntamente las características pertenecientes al tipo del injusto y las que pertenecen al tipo de culpabilidad, con exclusión de las condiciones objetivas de punibilidad.
- e) El tipo de la Teoría General del Derecho.- que se entiende como el conjunto de los presupuestos de que depende la producción de una consecuencia jurídica, abarca, además de las características relativas al injusto y a la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad.
- f) El tipo de garantía.- que comprende la totalidad de las características que intervienen en la función de garantía que la ley penal debe cumplir, y que son tanto los presupuestos de la punibilidad como las consecuencias jurídicas que se asocian a tales presupuestos.¹³⁹

Para algunos otros autores, las causas de justificación forman parte del tipo Penal como características negativas del mismo y propugnan por la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, por lo que para estos, el Tipo se compondría de características positivas (las que fundamentan la antijuridicidad de la conducta) y características negativas (las causas de justificación). Esta teoría se basa en la distinción que hace entre el error sobre un elemento

¹³⁸ Idem Op. Cit p 31

¹³⁹ Pavón Vasconcelos Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Porrúa 1990. p 527-528

del tipo" y error de prohibición.¹⁴⁰

Sin embargo para Beling, las causas de justificación están situadas fuera de la tipicidad; ejemplificando que en una legítima defensa no se niega la tipicidad por homicidio, sólo se niega que este homicidio sea una conducta antijurídica, por lo que se encuentra fuera del tipo Penal. Resolviendo esta cuestión Beling, en su teoría de Dolo (al dolo pertenece la conciencia de la antijuridicidad), siendo partidario de lo anterior Baumgarten, en su obra "La estructura de la teoría del delito" (1913), en la que expresa que el tipo es el objeto del dolo y la conciencia de antijuridicidad forma parte de este último.¹⁴¹ La comprobación de que la conducta es típica, implica la afirmación de que es antijurídica (la tipicidad es Ratio Escenci) por lo que las causas de justificación quedan excluidas del tipo como características negativas del mismo.

FUNCION DEL TIPO PENAL

José A. Sainz Cantero en su obra, nos manifiesta que esta Función se determina en tres categorías:

1) Función Delimitadora.- el Legislador se sirve del tipo Penal, para describir las conductas, las describe en el catalogo de formas delictivas de los Códigos Penales, que son las que pueden castigarse con la pena criminal.

2) Función Indicaría de la Antijuridicidad.- El Legislador sólo tipifica conductas que en abstracto son materialmente antijurídicas, esto es que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. En este sentido la tipicidad, supone un indicio de que la conducta es en principio antijurídica.

3) Función Motivadora.- Al amenazar el Legislador con una pena, las conductas que desea prohibir, constituye a que el destinatario de la norma, por temor a la sanción, se abstenga de realizar el tipo.¹⁴²

CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO

El Maestro López Betancourt nos manifiesta que existen distintas clasificaciones de diferentes autores, uno de ellos es Mir Puig que al citarlo, manifiesta que la clasificación se divide en :

¹⁴⁰ Idem Op. Cit p 529

¹⁴¹ Ibidem Op. Cit. p 530

¹⁴² Sainz Cantero José A. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona 1990. 3ª edc. p 542

1) Acción en parte objetiva y por relación de la parte subjetiva con la objetiva; la objetiva se divide en: **delitos de mera actividad y de resultado, delitos de acción y de omisión; delitos determinados y resolutiveos y por último delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos.**

Delitos de Mera Actividad, no se requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio temporalmente de la conducta.

Delitos de resultado, se dividen en 1) instantáneos, 2) permanentes y 3) de estado; en el primer supuesto el delito se consuma inmediatamente con la consecuencia de un resultado, sin que esta situación sea duradera.

El delito permanente supone la prolongación de una situación antijurídica por la voluntad del sujeto activo del ilícito, en donde el mismo se seguirá consumando hasta que se abandone dicha situación.

En el delito de estado, el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento;

Por lo que hace a los **Delitos de acción y de omisión**, nos dice este autor que los primeros, son aquellos donde la ley prohíbe la realización de una conducta positiva y los de omisión el sujeto se encuentra obligado a actuar o de efectuar determinadas acciones y no hacerlo es castigo por los ordenamientos Penales.

No obstante, afirma que hay otros tipos delictivos en donde la conducta se describe de modo no transitivo, es decir, en los delitos de simple actividad, donde el tipo Penal se limita a describir simplemente la conducta del sujeto activo, sin hacer referencia al sujeto pasivo. En cuanto al objeto material, es una persona, esta será el sujeto pasivo, si es también el titular del bien o interés tutelado.¹⁴³

ELEMENTOS DEL TIPO

Para el Maestro Sainz Cantero, se Clasifican en:

- 1) DESCRIPTIVOS
- 2) NORMATIVOS

¹⁴³ López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México 1998. 5ª ed. p 107- 108

Los Primeros.- el Legislador realiza la mera descripción de una persona, cosa, conducta o característica subjetiva, de tal modo que su existencia o ausencia en el caso real puede ser constatada por el interprete, sin necesidad de hacer valoración alguna, mediante una simple comprobación del hecho. Basta la mera actividad de conocimiento (por ejemplo: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro Art. 302 del Código Penal para el D.F.).

Los Segundos.- Son aquellos que de tal forma expresados que su constatación sólo puede ser realizada por el interprete, por una valoración especial de la correcta situación del hecho. No basta la mera actividad de conocimiento para comprobar su existencia, debe emitir sobre ellos un juicio de valoración.

Estos elementos pueden ser de valoración jurídica, en los que el proceso valorativo del interprete ha de hacerse con arreglo a determinadas normas y concepciones jurídicas y elementos normativos con valoración cultural en los que el proceso valorativo del interprete ha de realizarse conforme a ciertas normas o concepciones ético- sociales no pertenecientes al área del Derecho.

Sin embargo Mezger, afirma Sainz Cantero al citarlo , agregó una tercera categoría a los que llamó " elementos del Juicio Cognitivo" que son las características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a las experiencias y a los conocimientos que esta proporciona.¹⁴⁴

NATURALEZA ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS

Por su parte el Maestro Jiménez de Asúa al citar a Beling, nos dice que en el año de 1930, al afirmar que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos, nos indica que para él, los conceptos de ejercicio legítimo al hablar de actos de la autoridad, o el carácter ajeno de la cosa en el robo y en el hurto, no son elementos normativos, sino referencias jurídicas, de la conducta, que conservan su función descriptiva, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en sentido de una especie de delito. Así en los elementos subjetivos en su concepto la intención impúdica o el ánimo de lucro, no son más que frases que se refieren a la descripción.

En cuanto a Mezger, nos dice que estimaba, los elementos subjetivos de lo injusto, son

¹⁴⁴ Sainz Cantero José A., Ob. Cita, p 544

elementos " subjetivos del tipo ", en cuanto se refieren a un injusto típico legal, siendo a la vez elementos descriptivos, mientras que los elementos normativos, son presupuestos de lo injusto tipificado, los primeros que son " partes integrantes " del tipo Penal, establecidas descriptivamente por el Legislador como determinados procesos anímicos han de comprobarse cognoscitivamente por el Juez en cada caso, mientras que los segundos sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales.

Este autor clasifica en orden a sus fundamentos los tipos en Fundamentales, Cualificados y Privilegiados. Los primeros constituyen la medula del sistema de la parte especial de los Códigos; Los segundos constituyen los tipos derivados, pero cuya índole es más grave que la de los arquetipos; en los segundos su específica condición es la benignidad. En los Códigos Penales, es tipo fundamental el homicidio, tipos cualificados, el parricidio, y tipo privilegiado el infanticidio.

En cuanto a la autonomía del tipo, nos señala este autor que 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 incorporara. Ejemplificando: el Infanticidio es un tipo especial del homicidio, en cambio debe considerarse como tipos complementarios el parricidio, El asesinato y el magnicidio. Resumiendo en esto la función del Juez instructor en probar la existencia de la tipicidad, haciendo una subsunción rigurosa del hecho de la vida real, en el tipo de la ley, y establecer los indicios racionales de que una persona determinada ha participado en el acontecimiento y que por ello debe ser atribuido.¹⁴⁵

CLASIFICACION DE LOS TIPOS

En lo relativo a este punto el Maestro Castellanos Tena nos dice que se dividen en :

1) Normales y Anormales.

Refiriéndonos que la Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva, privar de la vida a otro; pero a veces el Legislador incluye en la descripción

¹⁴⁵ Jirón de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (La Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª ed. p 30.

típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. El homicidio es normal, mientras el estupro es anormal.

La diferencia entre tipo normal y tipo anormal nos indica, estriba en que mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos; el segundo describe (anormal), además, situaciones valoradas y subjetivas. Si la Ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (copula en el estupro). Cuando las frases usadas por el Legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o Jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (casta y honesta en el estupro). Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se estará en presencia de los elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).¹⁴⁶

- 2) Fundamentales o básicos.- cuando tienen plena independencia (homicidio)
- 3) Especiales.- formados por el tipo fundamental y otros requisitos (infanticidio)
- 4) Complementados.- se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía etc.). Para Jiménez Huerta, cita este autor al hacer referencia a este último, que la diferencia entre los tipos especiales y complementados, es que los primeros 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.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados según resulte o no un delito de mayor entidad. Así, el principio constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente, mientras el infanticidio uno especial privilegiado por punirse menos enérgicamente que el básico de homicidio. El privar de la vida a otro con alguna de las calificativas, premeditación, ventaja, integra un homicidio calificado, cuyo tipo resulta ser complementado agravado. El homicidio en riña o duelo, se clasifica como contemplado privilegiado.

- 5) Autónomos o Independientes.- tienen vida propia, sin depender de otro tipo (robo simple).

- 6) Subordinados.- dependen de otro tipo, por su carácter, circunstanciado respecto al

¹⁴⁶ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 170.

tipo básico siempre autónomo, adquieren vida en razón de este, al cual no sólo complementan, sino se subordinan (homicidio en riña).

7) De Formulación Casuística.- son aquellos en los cuales el Legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito.

8) Formulación amplia.- describen una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución (apoderamiento en el robo).

9) De daño y de peligro.- de daño, si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución (homicidio- fraude); de peligro cuando la tutela Penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañada.¹⁴⁷

TIPOS ANORMALES

Por su parte Arroyo de las Heras nos dice que los tipos anormales se manifiestan en:

1.- Tipos Delictivos; cuya anomalía radica en introducir, como elementos de la tipicidad, factores o elementos subjetivos.

La inclusión de estos elementos subjetivos dentro del tipo, móvil específico en un tipo delictivo, excluye la posibilidad de comisión de dicho delito por culpa, es decir, desaparece la forma culposa respecto de tales delitos. (hurto.- ánimo de lucro constituye infracción).

2.- Tipos Delictivos cuya anomalía radica en la inclusión dentro de la descripción típica de elementos normativos. (hurto que la cosa sustraída sea mueble y ajena).

3.- Delitos Tipificados por el sujeto activo o delitos propios (delitos cometidos por funcionarios públicos).

4.- Distingue en orden a la Tipicidad, figuras delictivas de formulación escueta y penalidad media concebidas como género y especies, atenuadas o agravadas, derivadas de la figura genérica.

5.- Delitos en blanco.- son aquellos supuestos en los cuales el precepto Penal fija la sanción, dejando el contenido, en todo o en parte, a otras disposiciones, generalmente de

¹⁴⁷ Ibidem . Op. Cit. p 172

carácter reglamentario y por tanto no Penales, cuya infracción constituye propiamente el delito.

Finalmente, nos hace notar, que se hace referencia en el tipo al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión, al empleo de medios, ello no quiere decir que sean tipos anormales, ya que al hacer alusión a Mezger, nos dice que son elementos típicos objetivos sobre los que se basa la responsabilidad del agente, siendo apreciados por el Juez mediante la simple actividad de conocimiento, cognoscitivamente, como sucede con la apreciación del núcleo del tipo, al contrario de lo que ocurre con la inclusión propia de los tipos anormales.¹⁴⁸

ELEMENTOS OBJETIVOS

En este aspecto el Maestro Porte Petit nos dice que la descripción objetiva de una conducta va a ser realizada mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible. En el tipo legal detalla con menor objetividad posible. La conducta antijurídica que recoge la descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo del verbo principal: Matar, Apoderarse, etc..

En cuanto a la conducta (acción u omisión), es el proceder volitivo descrito en el tipo. El concepto Jurídico Penal de la conducta es igual al concepto ontológico de la conducta. La voluntad y la actividad causal define a la acción (o actividad); mientras que la voluntad y el dejar de hacer algo señalado en el tipo, a la omisión (o inactividad).

En cuanto a la voluntad, nos dice el Maestro, que de acuerdo al artículo 9° del Código Penal para el Distrito Federal, se clasifica en Dolosa O Culposa.

En cuanto al sujeto (activo o pasivo) nos dice que el sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo Penal. Así el artículo 13 del citado ordenamiento, nos permite enmarcar la intervención en el tipo Penal . . .

“ Son responsables del delito I.- los que acuerden o preparen. . .
II.- los que realicen por sí . . . III.- . . . conjuntamente, VI.- intervengan
con otro en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo
el resultado “.

Nos refiere que necesita de una calidad específica; la esfera del sujeto activo, cuya

¹⁴⁸ Arroyo de las Heras. Manual de Derecho Penal (el delito). Editorial Aranzadi. 1985 p.99

calidad es ser titular del bien jurídico protegido por el tipo. En algunos tipos legales, se haya limitada por determinadas características que son requeridas para la integración del autor material. Es el caso de que dentro de las características delimitadoras del sujeto pasivo, se requiere asimismo una calidad específica referida esta, en cuanto a la función de la naturaleza del bien tutelado.

Pluralidad específica y nos dice que algunos tipos Penales exigen cierta pluralidad en el sujeto activo. En estos tipos la pluralidad de personas físicas debe ser necesaria y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico. También hay tipos Penales que describen cierta pluralidad de personas para la integración del sujeto pasivo.

También requiere de un resultado material, el cual es el efecto natural de la actividad, previsto en el tipo, consiste en una mutación en el mundo exterior, su presencia en el tipo es eventual.

Un nexo causal que es la liga entre la conducta realizada y el resultado material del delito.

Un Objeto material (objeto de la acción), siendo este el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo.

El objeto Jurídico, el cual lo constituye el bien jurídico tutelado que sufre la afectación.

Dentro de las Modalidades encontramos según el Maestro Porte Petit los Medios, que son los Instrumento o la actividad distinta de la acción exigidos por el tipo empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

En cuanto a la referencia temporal y espacial, podemos definir las en cuanto a la primera de ellas, como la condición de tiempo o lapso descrito en el tipo en la que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado, y en cuanto a la segunda de ellas, como la condición de lugar señalada en el tipo en la que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Así la referencia de ocasión es la situación especial requerida en el tipo.

Por último cita este autor que en cuanto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, esta se define como la destrucción, disminución o comprensión del bien, contempladas en el tipo. El peligro de lesión es la medida de probabilidad señalada en el

tipo, asociada a la destrucción, disminución o comprensión del bien jurídico.¹⁴⁹

ELEMENTOS SUBJETIVOS

López Betancourt nos relata en su obra que los elementos subjetivos del tipo Penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o deben tener, en la realización de algún ilícito Penal, es decir, a tienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.

Por lo tanto, nos dice, los elementos subjetivos, son los referidos al ánimo en la conducta del activo y por ellos debemos entender " el conjunto de condiciones relativas a la finalidad y al animo y tendencia del sujeto activo que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor ".

Asimismo señala, que cuando se describe una conducta humana, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos, así el Legislador Penal, tampoco procede a la descripción de lo " externo " únicamente, como ejemplo tenemos el tipo doloso, que implica siempre la causación de un resultado, que sería el aspecto externo, pero también requiere de la voluntad de causar ese resultado, lo que sería el aspecto o elemento subjetivo del tipo Penal.

Este autor al citar a Jiménez Huerta nos manifiesta " Cuando el Legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita a dichos elementos subjetivos, que desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo " ¹⁵⁰

El elemento subjetivo puede radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de las cosas, otras veces estará determinado en un deseo, ánimo de intención del agente en la realización de la conducta típica.

Es necesario señalar " la importancia de los elementos típicos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego con base en la imprevisión,

¹⁴⁹ Porte Petit Candauap Celestino. Ob. Cit. p 276

¹⁵⁰ López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. Editorial Porrúa. México 1994. p 125

negligencia, impericia, falta de reflexión o cuidado que causa igual daño que un delito intencional, a que fue mención el párrafo infine del artículo 8 del Código Punitivo".¹⁵¹

Los elementos subjetivos se refieren a los estados anímicos del autor en orden a lo injusto. "este aspecto subjetivo de la antijuridicidad liga a esta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El Legislador a menudo los incluye en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de modo distinto".¹⁵²

Son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo, los expresados con las palabras maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, etc. cuyos vocablos aluden al dolo. Los elementos subjetivos de lo injusto, los que aluden a los términos "para apropiarse de un objeto mueble; para apoderarse de un inmueble" etc.

Los elementos subjetivos nos dice Luis Carlos Pérez, son más complejos, pues se refieren:

- 1) A la culpabilidad como son las expresiones: "el que a sabiendas", "el que sin propósito de matar";
- 2) A los móviles como cuando dice el precepto: "el que con ánimo de lucro", "el que para satisfacer un deseo erótico sexual";
- 3) A ciertos estados de conciencia, como ocurre con la atenuante por ira y dolor provocados injustamente. Los propósitos o intenciones exigidos constituyen el dolo específico.¹⁵³

Respecto a este elemento, los delitos únicamente se van a realizar en dos formas Dolosa y Culposamente, según previene el artículo 8° del Código Penal para el Distrito Federal, definidos por el mismo en el artículo 9° de dicho ordenamiento.

" Art. 9°.- Obra dolosamente, el que conociendo los elementos del tipo Penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; y obra culposamente, el que produce el resultado típico, que no previó, siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber

¹⁵¹ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p 92

¹⁵² Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal. " La ley y el delito ". Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990. p

de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. "

El dolo deriva del griego y etimológicamente significa engaño, la doctrina precisa dos elementos en el dolo; uno intelectual (conocer) respecto a la concreción de la parte objetiva del tipo y otro volitivo. (querer). En el primero, el sujeto activo debe saber que es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan como típica su acción (en el robo, basta con que sepa que la cosa es ajena); en el segundo, no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sino que es necesario el querer realizarlos (el ladrón sabe que la cosa es ajena, pero no quiere que lo sea y con su afán por apoderarse de ella, le hace realizar voluntariamente la acción del apoderamiento a pesar del conocimiento de ajeneidad).¹⁵⁴

Continuando con la expresión de Luis Carlos Pérez los Elementos de la Tipicidad además de la noción general del delito, cada precepto de la parte especial exige la concurrencia de requisitos sin los cuales no puede haber imputación.

Por ejemplo, en el tipo del delito de Homicidio concurren factores subjetivos y objetivos. estos últimos son los conceptos " susceptibles de ser determinados especial y temporalmente, perceptibles por los sentidos " y que " han de ser apreciados por el juez mediante la simple actividad del conocimiento ".¹⁵⁵

ELEMENTOS NORMATIVOS

Luis Jiménez de Asúa al citar a Mayer, nos indica que para este se determinan englobándolos bajo esa rubrica los elementos de mera índole normativa en que el Juez ha de desentrañar el verdadero sentido antijurídico, siendo también los que exigen una valoración jurídica (como la ajeneidad de la cosa en el hurto y el robo).

Afirma que los elementos normativos, ofrecen una mayor libertad al Juez, ya que requieren una valoración para ser contemplados con un contenido capaz de ser aplicado.

Los elementos normativos del tipo, sigue enunciando refieren que únicamente pueden pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma, en algunas ocasiones, para tipificar una conducta, es necesario insertar juicios normativos del hecho, poder efectuar una evaluación especial de la conducta plasmada en el tipo Penal. Al citar a Beling, refiere que este por su

¹⁵³ Pérez Luis Carlos. Ob. Cit. p 485

¹⁵⁴ Porte Petit Camandap Celestino. Ob. Cit. p 276.

¹⁵⁵ Pérez Luis Carlos. Ob. Cit. Op. Cit p 483

parte niega la existencia de estos elementos normativos y considera que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos, también señala que los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales se presentan simplemente como materia de reglamentación y por ende no tienen naturaleza normativa.¹⁵⁶

Los elementos Normativos, manifiesta que se tienen en cuenta en algunos casos en que la ley exige condiciones contenidas de valoración jurídica, pues que no son ni subjetivas ni objetivas. Por eso se denomina a tales elementos formas anormales de tipicidad, en estos casos es indispensable que el Juez realice una apreciación jurídica, o un juicio de valor, como dicen los técnico Juristas, para extraer el exacto sentido del Derecho y ubicar adecuadamente la conducta del agente.

" El Legislador ha extraído sus figuras delictivas recortándolas del dominio general de lo ilícito, y por eso es que se dice correctamente que el requisito de la ' tipicidad ', y con él el de la adecuación al del delito -tipo, no van junto a la de la antijuridicidad, sino que se insertan en éste (una acción antijurídica, ello es, antijurídica de éste u otro modo). Pero aquí debe considerarse que al Legislador no le es posible construir los tipos de manera que los modos de conducta abarcados por los tipos caigan totalmente en el dominio de lo ilícito: todo tipo, creado a fin de ser empleado como tipo de ilicitud, presenta una imagen representativa que , considera en su particular carácter de ' tipo ', puede entrar en ambas mitades del Derecho: lo antijurídico y lo no antijurídico . (Beling Ernest Von)¹⁵⁷.

Sin embargo ante la posición negativa de Beling, cita López Betancourt, se presenta la de Mezger, quien considera como elemento normativo del tipo, todo aquel que para ser determinado requiere una valoración previa. Por otro lado los elementos típicos subjetivos y objetivos, se refieren a aquellas partes integrantes del tipo Penal fijadas por el Legislador, descriptivamente, como determinados estados y procesos corporales y animados y en consecuencia han de ser constatados caso por caso por el Juez cognoscitivamente, en los elementos típicos normativos, se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial evaluación de la situación de hecho.

También afirman los citados, que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos y por tanto, conceptos valorativos teleológicamente tipificados.

¹⁵⁶ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal. " La ley y el delito ". Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990. p 256

¹⁵⁷ López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5ª edc. p 107- 108

Estudiando López Betancourt la teoría de Beling, es racial que se niega por completo la existencia de elementos normativos del tipo, frente a la de Mezger, quien expresa todos los elementos del tipo son normativos y no descriptivos como decía Beling, hay una tercera Teoría de Baumann quién manifiesta que "son descriptivas las características 'cosa ajena', a propósito de la cual el intérprete de la ley debe recurrir al ordenamiento de la propiedad del Derecho Civil. El deslinde entre características descriptivas y normativas es fluido. También la característica normativa contiene una cierta descripción y también la característica descriptiva contiene una cierta descripción y también la característica descriptiva no es simplemente descriptiva".¹⁵⁸

LA ANTIJURIDICIDAD

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.

Don Fernando Castellanos al referirse a Cuello Calón, nos dice que para este último la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma Jurídico- Penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada.¹⁵⁹

Continúa diciendo que en el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad, la antijuridicidad es puramente adjetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su parte material y la escala de valores del estado. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no esta protegida por una causa de justificación.

La antijuridicidad nos afirma, radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo Penal respectivo. En este aspecto Don Fernando cita en su obra, la opinión de diversos estudiosos del Derecho para quienes este concepto se describe de diferente forma; como a continuación se puede apreciar:

¹⁵⁸ Ibidem . p 123

¹⁵⁹ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 177-178

Carlos Binding, afirma que el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal es delito, el decálogo es un libro de normas, no mataras, si se mata o si se roba se quebranta la norma, más no la Ley. Por eso Binding decía; la Norma crea lo antijurídico, la Ley crea la acción punible, la Norma valoriza, la Ley describe.

Para Max Ernesto Mayer, dice que la antijuridicidad, es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Este autor pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente Jurídico. Concepto que después adoptaría el Maestro Carrancá y Rivas.¹⁶⁰

Castellanos, Mayer y Binding, como se puede apreciar presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material. Para este autor lo antijurídico entraña un juicio unitario y es resultado de un juicio sustancial

A pesar de ello, ni los prácticos ni los científicos llegan a apercibirse de la distinta naturaleza de los diversos y variados supuestos en los que, excepcionalmente, el autor quedaba libre de pena. Únicamente y como excepción se señala por Roberto Von Hippel, al practico Alemán del siglo XVIII Boehmeero, quien, por lo menos en el caso del homicidio, establece distinción entre los supuestos de exclusión de la antijuridicidad y los de exclusión del dolo, lo que permite deducir de su tesis la conclusión de que la acción humana solo es punible cuando es antijurídica.¹⁶¹

Pero a pesar de este intento, nos cita el Maestro Arroyo y de algún otro digno de mención, como el de Adolfo Merkel que, en 1867, sentó las bases para una construcción positiva de lo antijurídico, lo cierto es, como dice Von Hippel, que hasta 1870 no apreció una verdadera construcción dogmática de la antijuridicidad.

Fue precisamente, Carlos Binding, nos continua señalando este autor, quien elevo la antijuridicidad aún primer plano al sentar su paradójica afirmación de que el delincuente no infringe la Ley Penal, sino que la cumple ajustándose a sus predicciones, claro esta que la conducta criminal, antijurídica, se halla en contradicción con el orden Jurídico; pero ese Derecho objetivo violado por el comportamiento antijurídico no es precisamente la Ley Penal, sino la Norma.

La Ley Penal continua afirmando Binding, es un repertorio de delitos y penas es decir, de descripciones de conductas y sanciones correlativas. Continua diciendo, la Norma valora, la

¹⁶⁰ Idem. Op. Cit p 179-180

¹⁶¹ Arroyo de las Heras Alfonso. Ob. Cit. p 83-84

Ley Penal describe, en consecuencia la Norma crea lo antijurídico- teoría de las Normas- la Ley Penal crea el delito y lo sanciona. Por lo tanto al fijarse el Legislador Penal en un determinado supuesto de conducta humana, para describirla y castigarla, no la hace en ese momento antijurídica, sino que la pena, precisamente, porque dicha conducta es ya antijurídica.¹⁶²

Por su parte Jiménez de Asúa, en su majestuosa obra nos expresa su tesis respecto a la antijuridicidad diciendo " la característica antijurídicamente, unas veces recibida de modo expreso en los tipos del Código Penal del Reich, otras veces tácitamente presupuesta, y por tanto, debiendo añadirse al tipo que no la expresa, ha de entenderse en el sentido de que con ella debe caracterizarse una conducta que contradice a la idea del Derecho a la máxima para la conducta justa, conducta que por tanto no puede ser pensada como medio justo para el fin justo "¹⁶³

En el sentido de nuestro Derecho Penal (del Reich), es antijurídica la conducta que muestra las circunstancias de hecho específicas de un delito legalmente determinado y que en dicho aspecto es injusta; o viceversa; es antijurídica la conducta injusta que además realice el tipo específico de un delito.¹⁶⁴

Cuando la Norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento Jurídico, se hace posible la antijuridicidad, ósea la violación u oposición o negación de la norma. La Norma crea lo antijurídico; la Ley y el delito

Existen diversas teorías dentro de las cuales encontramos; 1) a las que consideran a la antijuridicidad como un hecho punible ; 2) otra que dice que la antijuridicidad es un elemento del delito, como aquello que se necesita o requiere para constituir un delito; definiendo a la antijuridicidad en particular, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en si todos los coeficientes para producir el contraste en la Norma, con los efectos producidos por este.

Por lo que el Maestro Porte Petit nos muestra el papel que desempeña la antijuridicidad en la teoría del delito y los diversos criterios sostenidos en cada teoría, como a continuación podemos observar:

- 1) La que afirma que constituye un carácter del delito
- 2) La que sostiene que es un elemento del delito

¹⁶² Idem. Op. Cit. p 83-84

¹⁶³ Jiménez de Asúa Lois. Principios de Derecho Penal. " La ley y el delito ". Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990. p 273

¹⁶⁴ Idem p 275

- 3) La que constituye un aspecto del delito
- 4) Que es el delito en sí.

1) Sostiene Massari, que la antijuridicidad no es un elemento, sino un carácter del hecho punible y que si fuere un elemento, uno de los elementos constitutivos del delito, debería la antijuridicidad, distinguirse de los demás elementos, constituye esta la síntesis integral del fenómeno punible, finaliza diciendo que es una, nota que penetra en todas las partes de la entidad criminosa y califica a todas ellas y así se explica que pueda hablarse de una voluntad antijurídica, de un resultado antijurídico.

2) Considerada por Puig Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli.- este último expresa " la antijuridicidad es por ende, uno de los tres elementos del delito. En particular la antijuridicidad, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por lo tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la Norma y los efectos Jurídicos por ella establecidos.

3) Aquí encontramos a Maggiore al expresar que la antijuridicidad es un aspecto del delito; Aspecto no elemento, en todo delito, este presente expresa o sobreentendida la nota de la antijuridicidad, ya que no es una parte que se pueda desintegrar del todo.

4) Antolisei.- sostiene que la antijuridicidad no es, como sostiene una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho mas " la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito".¹⁶⁵

El Maestro Porte en su obra al citar a Cuello Calón, nos dice que la antijuridicidad presenta un doble aspecto; un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma y otro material, integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos.¹⁶⁶ Así las cosas veremos a continuación estas clasificaciones:

Antijuridicidad Formal y Material. La antijuridicidad ha sido dividida por el positivismo en dos corrientes; una denominada positivismo jurídico y otra positivismo sociológico.- la primera concibe a la antijuridicidad como un concepto legal denominándola formal; y la segunda como un concepto sociológico instalándola " material ". La antijuridicidad formal, la cual considera que para que sea delito una conducta, debe infringir una norma estatal, un mandato o

¹⁶⁵ Porte Petit Candauap Celestino. Ob. Cit. p 276-278

¹⁶⁶ Idem . Op. Cit p 278

una prohibición del orden jurídico.¹⁶⁷

La infracción a las leyes implica una antijuridicidad formal, por la violación del precepto positivo de los órganos del Estado; y una antijuridicidad material por el quebrantamiento de las normas que la Ley interpreta o de los intereses sociales que una y otra (Norma y Ley) reconocen y amparan.

En la corriente material.- se conceptúo a la antijuridicidad como lo socialmente dañoso, la pena no tenía otra medida que la del peligro que el sujeto representaba a la sociedad.

Por esto el Maestro Jiménez de Asúa al citar a Berlin.- Franz Von Liszt, con su *gesellschna ftwidrigkeit*, nos dice que la antijuridicidad material, significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la Norma toda conducta que responda a los fines del orden publico y por lo tanto a la misma convivencia humana (crítica Jiménez de Asúa diciendo que adolece de vaguedad, ya que lo antisocial puede carecer de importancia para el Derecho, este autor expuso una doctrina dualista de la antijuridicidad. En un aspecto esta será lo contrario a la convivencia social y el otro será lo contrario al precepto positivo.¹⁶⁸

Esta corriente parte del principio de que el delito, al constituir un acto injusto, es por consecuencia una infracción contraria a Derecho. De ahí que el acto es formalmente contrario a Derecho, en tanto que es trasgresión de una Norma establecidas 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.¹⁶⁹

Para Jiménez de Asúa, este dualismo de antijuridicidad expuesto por Von Liszt, confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad diciendo: la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia agregando que el error esta en que con la terminología de Liszt se hace valorativo (normativo) a lo formal, que es descriptivo (típico).¹⁷⁰

Porte Petit, nos dice que relacionado a la Antijuridicidad formal y material, pueden presentarse estas hipótesis:

- 1) Antijuridicidad Material sin Antijuridicidad Formal.- puede suceder que existan

¹⁶⁷ Eduardo López Betancourt, Teoría del delito. Editorial Porrúa, México 1994. p 123

¹⁶⁸ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal. " La ley y el delito ". Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990. p 277

¹⁶⁹ *Ibidem* p 279

¹⁷⁰ *Ibidem* p 279

conductas o hechos que sean considerados antijurídicos desde un punto de vista material sin que hayan sido regulados por el Código Penal, faltando por tanto la antijuridicidad formal o nominal. Al citar a Cuello Calón, este afirma que los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material) no previstos por la Norma Penal sólo serán antijurídicos cuando la Ley los sancione, agregando que la antijuridicidad material sin antijuridicidad formal, no tiene trascendencia Penal.

2) Antijuridicidad Formal sin Antijuridicidad Material.- La Norma Penal puede describir conductas o hechos que desde el punto de vista formal sean antijurídicos sin base alguna en la antijuridicidad material.

3) Antijuridicidad Formal con Antijuridicidad Material.- generalmente coincide la antijuridicidad formal con la antijuridicidad material en virtud de que esta es la base de aquella.

En México Villalobos citado por Porte Petit sostiene, que no es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuridicidad, formal o material excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y otra el contenido de una misma cosa. En fin, para Belling, en toda antijuridicidad, están unidos lo formal y lo material.

4) Antijuridicidad Formal en pugna con la Antijuridicidad Material.- cuando estén frente a frente la antijuridicidad formal y la material, que exista un choque entre ambas antijuridicidades, aquí triunfa la antijuridicidad formal o nominal.¹⁷¹

CRITERIOS DE LA ANTJURIDICIDAD FORMAL O MATERIAL

Al respecto continua refiriendo en su obra el Maestro Porte que hay diversos dentro de los cuales esta:

A) El que sostiene que la Antijuridicidad es Formal o Nominal.- La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o perceptiva. Ahora bien, sin antijuridicidad no hay delito. Por ello, el dogma *nullum crimen sine lege*, es la base de la antijuridicidad formal.

Para comprender a la antijuridicidad formal, nos menciona, se utiliza el sistema *

¹⁷¹ Porte Petit Candauap Celastino. Apuntamientos de la parte gen. del Derecho Penal. Editorial Porrúa 1998. 17a ed. p 485

excepción regla " que lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son ilícitos.

Incluso podemos afirmar que hasta hoy día así operan los ordenamientos de índole Penal, lo que quiere decir, que para la existencia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos: adecuación o conformidad a un tipo Penal y que la conducta no este amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud.

B) Antijuridicidad Material Corrientes existentes dos:

1) La que trata de encontrar la esencia de la antijuridicidad material, en el campo o zona jurídica; en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo.

2) La que busca obtener la esencia de la antijuridicidad material, fuera del área jurídica o extra jurídica.

C) Antijuridicidad Objetiva y Subjetiva

1) Battaglini, Cuello, Jiménez de Asua, Maggiore y Mezger, entre otros estiman, que la antijuridicidad es de naturaleza objetiva.

Siendo su representante Edmundo Mezger, según nos muestra el Maestro Porte. Para el primero de los mencionados, la acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del Derecho, el cual existe para garantizar la convivencia de los que están sometidos a él, siendo el objeto de la voluntad Jurídica ordenadora la determinación de lo que es conforme al orden Jurídico y de aquello que le contradice. Así pues, las normas del Derecho aparecen como normas objetivas de valoración y constituyen el juicio que desde el punto de vista del Derecho merece un acontecimiento determinado.

Lo antijurídico es objetivo; liga el acto con el Estado. No es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas. Lo primero es el concepto natural, con independencia de valor (acto). Luego es la comparación cognoscitiva con lo descriptivo, sin valorar (tipicidad) ahora, la valoración objetiva con la norma (antijuridicidad) , por ultimo, el juicio de reproche (culpabilidad).¹⁷²

Para Jiménez de Asua, defiende el concepto objetivo de la antijuridicidad como pieza

¹⁷² Ibidem. Op. Cit. p 485-486

indispensable en el derecho penal liberal.¹⁷³ La Antijuridicidad es la violación de las Normas Objetivas de Valoración

Se le dio un carácter objetivo a la antijuridicidad, ya que nace del juicio valorativo de la oposición existente entre la conducta humana y la Norma Penal, manifestando este juicio sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de carácter subjetivo. Es objetiva y existe cuando una conducta o un hecho violan una Norma Penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. Esta naturaleza objetiva, tan solo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho.

A juicio del Maestro Porte Petit, esta teoría de la antijuridicidad objetiva, es la única que tiene validez, ya que la antijuridicidad es autónoma e independiente de la culpabilidad. Para que exista el delito es indispensable la culpabilidad, pero esta no lo es para la existencia de la antijuridicidad.

De ahí que una conducta no puede ser culpable sino es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable- hipótesis de culpabilidad.¹⁷⁴

Para la corriente subjetiva, nos dice el Profesor Ignacio Villalobos al citar a Aldo Moro, como principal exponente de la doctrina, no hay en verdad ilicitud si el Derecho no es contrastado en su esencia propia de mandato, de voluntad imperativa que comunica con otra voluntad y la vincula motivándola; la condición preliminar indispensable se manifiesta luego en un comportamiento voluntario que tiene significado de valor.

Hace la crítica Villalobos al indicar la confusión que se estriba al indicar que el termino ilicitud, no es lo mismo que antijuridicidad, sino acaso su consecuencia; una cosa es ilícita por que es antijurídica.

Al citar a Welzel, nos señala que hace la distinción entre antijuridicidad, injusto e ilícito; advirtiendo que la primera es "desacuerdo de la acción con las exigencias del Derecho"; un juicio de valoración objetiva; en tanto que lo injusto es un sustantivo que comprende la acción, objeto del juicio y su predicado de valor.¹⁷⁵

D) Antijuridicidad General o Penal Existen al respecto dos tesis, nos explica el

¹⁷³ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal. "La ley y el delito". Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990. p 280

¹⁷⁴ Porte Petit Candauap Celestino. Apuntes de la parte gen. del Derecho Penal. Editorial Porrúa 1998. 17ª edc. Op. Cit p 487

¹⁷⁵ Villalobos Ignacio. Ob. Cit. p 260- 264

Maestro Porte Petit:

1) La que postula una antijuridicidad general.- en la que Mezger admite y a la vez rechaza una antijuridicidad Penal. " que la decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del Derecho Punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia Penal del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial tipificada, típica . . . No toda acción antijurídica es punible, pues para que esto ocurra, es preciso que el Derecho Penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial. ¹⁷⁶

Del Rosal estima, cita el Maestro Porte, manifiesta de la misma forma que " no existe una antijuridicidad especial, concreta, llamada - Penal - y por de pronto en la forma en que ha sido planteada por algunos autores, pues la unidad, del ordenamiento jurídico nos exige tenerla en cuenta a la hora de concretar el juicio sobre si es o no antijurídica una conducta ".

2) Antijuridicidad Penal, es sustentada por Petrocelli, quien argumenta: " denotando la antijuridicidad una relación de contradicción entre un hecho y una Norma Jurídica, la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una Norma determinada y consiguientemente, pertenece a una determinada Norma del Derecho. No es posible hablar de una antijuridicidad en general, sino solo de una antijuridicidad Penal o Civil, o Administrativa etc. si el hecho, por sus diversos aspectos y efectos, esta en contradicción con normas pertenecientes a diversas ramas del Derecho, tendremos a la vez, una antijuridicidad Penal y Civil, o Penal y Civil, Administrativa etc. pero nunca una antijuridicidad simplemente, referible al Derecho en general. ¹⁷⁷

E) Antijuridicidad especial Tipificado

Aquí el Maestro afirma que es innecesaria, ya que para saber si una conducta o hecho son antijurídicos es suficiente y útil el procedimiento de excepción regla (anteriormente analizada).

¹⁷⁶ Porte Petit Candaudap Celestino Apuntamientos de la parte gral de Derecho Penal Op. Cit p 487

LA CULPABILIDAD

ANTECEDENTES

El elemento moral en la acción incriminable solo ha venido a ser reconocido en estadios superiores de la Doctrina Penal; nos manifiesta el Maestro Carrancá, antes fue general la responsabilidad sin culpabilidad, que las primeras Legislaciones, Roma y el Derecho Germánico, consagraron abundantemente. Se reconoció la culpabilidad a los animales y aún a las cosas. Pero más tarde, por influencia de la Filosofía Griega, Roma reconoció por fin que no pueden darse no delito ni pena sin fundamento en la voluntad antijurídica, manifestada ya como la ofensa intencional a la Ley moral y al estado (dolus); ya como descuido o negligencia culpable (culpa); de donde se admitió en seguida que los hechos ejecutados sin intención ni culpa, no eran plenamente sancionables.¹⁷⁶

La culpabilidad o irreprochabilidad esta siempre referida aún hecho externo, a una conducta determinada y singular del hombre. Solo puede ser culpable.- el sujeto que sea imputable. Por lo que este Maestro Carrancá y Rivas nos da la definición de los diversos conceptos en que se integra, y así tenemos:

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 aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad.

Así Imputable.- es aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

Por Voluntad.- se entiende en las Escuelas Iberoamericanas, la libertad de elegir, que con la libertad de obrar es lo que se ha llamado concurso de la voluntad.

Culpabilidad.- Es la concreta capacidad de imputación legal, declarable

¹⁷⁶ *Ibidem* p 488

¹⁷⁷ Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano (parte general). Editorial Porrúa. México 1988. 16ª edo p 430

jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate (la acción realizada en función del miedo o temor corresponde a un sujeto imputable, pero al que no puede serle reprochada su conducta, por lo que no es culpable.

Imputabilidad y Culpabilidad.- concurren a integrar la responsabilidad penal. Declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y culpable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una pena cierta. En otras palabras juicio valorativo de reproche.

El fundamento de la Culpabilidad esta en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenando el tipo legal; condiciones que prueben que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por este y amerita un juicio de reproche.¹⁷⁹

Beling, citado por Luis Carlos Pérez manifiesta que " el juicio de que alguien ha actuado culpablemente expresa un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual o subjetiva) de la acción en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden Jurídico, y por eso, por esa deficiencia, le es reprochable su acción. Tal reproche no va implícito en el sólo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de toda culpa. Lo que importa es el estado anímico del sujeto en el tiempo de la acción (lo precedente y lo subsiguiente carecen de importancia) y, en consecuencia, si su resolución, ya sea por su orientación, ya por su modo y manera de originarse es criticable.¹⁸⁰

Al citar a Guillermo Saver nos dice que la culpabilidad es formalmente el querer libre, éticamente reprochable que engendra y acompaña a la acción u omisión antijurídicas. A pesar del conocimiento o del deber de conocer el injusto; Materialmente, la libre actuación de la voluntad de los vicios criminales que fundamentan los tipos Penales (lo contrario a los deberes ético sociales) a pesar del conocimiento o del deber de conocer el injusto. (reunidos los caracteres de la culpabilidad, imputabilidad, (libre albedrío), dolo (conocimiento del injusto) y culpa (desconocimiento, con deber de conocer).

Bettiol.- define la culpabilidad desde un punto de vista normativo, como " un juicio de reproche personal por la perpetración de un hecho lesivo de un interés penalmente protegido. Los elementos sobre los cuales se basa el juicio son la capacidad de comprender y de querer, la voluntad del hecho en los respectivos límites del dolo y de la culpa, y la posibilidad de una

¹⁷⁹ Ibidem Op. Cit. p 430-432

¹⁸⁰ Pérez Luis Carlos. Ob. Cit. Op. cit. p 497-498

motivación normal de la voluntad.¹⁸¹

Ahora bien el Maestro López Betancourt hace alusión a Zaffaroni y nos dice que para este, la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.

Así en el caso de Mezger.- " La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido."¹⁸²

Y por último Welzel, define a la culpabilidad como la responsabilidad personal del autor por un acto antijurídico ante la comunidad jurídica, residiendo su esencia en la falta del deber jurídico a consecuencia de la insuficiente intervención del gobierno de la voluntad, que se determina según sentido y valor contra los impulsos hostiles al Derecho.

Jiménez de Asúa.- fiel a la concepción normativa, define a la culpabilidad como el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas. También afirma que en el más amplio de los sentidos, puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.¹⁸³

La culpabilidad según Ignacio Villalobos genéricamente, consiste en el despecho del sujeto por el orden Jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, despecho que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente, por indolencia y desatención nacidos del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa. Así la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.

Porte Petit, cita en su por Don Fernando Castellanos Tena en su obra, nos manifiesta

¹⁸¹ Ibidem. Op. Cit. p. 498

¹⁸² López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5ª ed. p. 108- 109

¹⁸³ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª ed. p. 111.

que para él es como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición solo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. ¹⁸⁴

Existen diversas teorías fundamentales sobre la Culpabilidad, según nos dice José A. Sainz Cantero, dentro de las que destacan:

LA CONCEPCION PSICOLOGICA.- según ella, la declaración de culpabilidad significa la afirmación de una situación de hecho completamente psicológica el nexo psíquico que une la voluntad del sujeto con el acto realizado. En consecuencia el hombre será culpable al haber obrado con dolo o culpa.

Por su parte Raúl Carranca y Trujillo afirma que la culpabilidad según la teoría psicológica da origen a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado. Su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de acatarla o no. De ahí la reprochabilidad de su conducta ósea su culpabilidad. ¹⁸⁵

Mir Puig, refiriéndose a la concepción psicológica de la culpabilidad señala " el concepto causal- naturalista de delito de Von List y Beling (el llamado concepto clásico de 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, partir 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, 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 la parte interna se atribuyó a la culpabilidad. Esta se presenta como el conjunto de elementos subjetivos del hecho. Por otra parte, 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 y su hecho. El delito aparece, pues, como el resultado

¹⁸⁴ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. . Op. cit. p 233-234

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 constituye el genero. no sólo son formas de culpabilidad, porque son la culpabilidad misma en una u otra de sus dos posibles especies.¹⁸⁶

LA CONCEPCIÓN NORMATIVA.- nos dice el Maestro Carranca, inicia con Frank, en Alemania, (Frank, Freudenthal, Mezger) para él, la culpabilidad no se agota con la sola relación psicológica entre sujeto y resultado, con exclusión de todos aquellos elementos que tienen relevancia para la valoración jurídica de la conducta. Es necesario extender el concepto de culpabilidad para que comprenda a la imputabilidad y las circunstancias en que la acción se realiza, las cuales tienen notable importancia para el juicio de valoración en que consiste la culpabilidad. Sostiene que para que exista esta no basta que dicha relación de causalidad psíquica entre el autor y el resultado, si no que es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en un reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. La culpabilidad es por tanto una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma.¹⁸⁷

Luis Jiménez de Asúa, en su tratado de Derecho Penal, sintetiza la teoría normativa en que " para la concepción normativista de la culpabilidad esta no es pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. la culpabilidad es, pues, un juicio, y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia "

¹⁸⁸

3.- Teoría Finalista.

CONCEPCION COMPLEJA DE LA CULPABILIDAD.- El representante de esta dirección, según señala Sainz Cantero, es Edmundo Mezger, con el se perfecciona la construcción de la culpabilidad, elaborándola como un conglomerado de varios presupuestos, de procedencia diversa y metodológicamente diferentes; la culpabilidad es una situación de hecho psicológica que en virtud de una valoración jurídica, se determina como contraria al

¹⁸⁵ Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano (parte general). Editorial Porrúa. México 1986 p 422

¹⁸⁶ Mir Puig Santiago. Derecho Penal (parte gral). Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona 1985. Op. cit. p 199 y 200.

¹⁸⁷ Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano (parte gral). Editorial Porrúa. México 1988. 16° edo.

¹⁸⁸ Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. Op. Cit p.30-32

deber y como reprochable. Desde el punto de vista de esta teoría el juicio de culpabilidad consistirá en determinar si, no obstante, de existir acción finalista, falta la culpabilidad del sujeto.

A continuación, solo enumeraremos algunas de las diferencias entre estas teorías a partir del análisis expuesto por el gran Maestro Jiménez de Asúa; y así tenemos que:

- a) La Teoría Psicológica.- el proceso psicológico constituye la esencia de la culpabilidad, en tanto que para los normativistas lo es el reproche, solo valido cuando es exigible, con lo que la exigibilidad se convierte en la esencia de lo culpable.
- b) La antijuridicidad y la culpabilidad en la primera de la teorías se encuentran radicalmente separadas, mientras que en la teoría normativa se hallan en íntima conexión, ya que la norma violada se considera por la comunidad dañada de manera mediata como antijuridicidad y por el sujeto que la quebranta como oposición al deber de respetarla.
- c) La teoría psicológica atiende, únicamente a la existencia o no del hecho psicológico, mientras que la concepción normativa admite graduaciones de la culpabilidad, y no solo en cuanto a sus especies, sino, incluso, en relación a los motivos y al carácter del agente.
- d) Solo las causas que eliminan el proceso psicológico excluyen la culpabilidad, según la concepción psicológica, en cambio de acuerdo con la teoría normativa, también quedará excluida la culpabilidad en aquellos supuestos en los que concurren intención de ejecutar el acto injusto o previsión en los supuestos culposos determinadas circunstancias que hacen exigible otra forma de actuación.¹⁸⁹

Cabe entonces hacernos una pregunta entonces que pasa en cuanto al verdadero **Concepto de culpabilidad**, que como ya analizamos existen entre los estudiosos del derecho un número muy variado de ellos; sin embargo esta duda la resuelve el Profesor Jiménez de Asúa al indicarnos que dependería de la teoría que se adopte, pues no será el mismo el de un **Psicologista**, el de un **Normativista** o el de un **finalista**.

El primero diría.- La culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material.

El segundo diría.- En el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable ;

El tercero diría.- La culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que solo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.

Este autor afirma que " la imputabilidad si es psicológica, en cambio la culpabilidad es normativa puesto que consiste en un juicio de reproche, basado en que el sujeto obra con motivaciones reprochables y en que era posible exigirle que se comportaría de acuerdo a las pretensiones del Derecho.

Partiendo del Principio no hay pena sin culpabilidad; cabe señalar que la consideración de la culpabilidad como elemento del delito, implica la afirmación de que sin ella no puede imponerse pena.

La negación de este principio son los delitos cualificados por el resultado y los llamados delitos de sospecha. Los primeros están constituidos por tipos Penales en los que el Legislador ha unido un delito básico, que ha de realizarse con dolo o culpa, y un resultado que de el se deriva y respecto del cual el tipo no exige dolo o culpa, para castigar al sujeto del delito básico con una pena mayor que la que correspondería imponer por la comisión de este. Ese resultado cualifica, por tanto, y respecto de el no es preciso acreditar la culpabilidad.¹⁹⁰

Los delitos de sospecha, son aquellos en los que el legislador al no poderse probar la culpabilidad por la producción de un resultado más grave, establece una presunción *luris et lure* de culpabilidad que lo imputa a quienes hayan realizado determinados hechos delictuosos con aquel más o menos relacionados.¹⁹¹

ESPECIES O FORMAS DE CULPABILIDAD

De acuerdo con el psicologuismo las especies o formas de la culpabilidad, son :

1) El dolo

2) La culpa

A partir de Frank, se les dio la aceptación de elementos de la culpabilidad al dolo y la culpa. Sin embargo, para algunos autores existe una tercera forma de culpabilidad: La Preterintencionalidad, Ultrainfencionalidad o exceso en el fin, que para otros, constituye no una forma, sino una hipótesis de culpabilidad. Misma que ha sido excluida del Código Penal, en las

¹⁸⁹ *Ibidem*. Op. Cit. p 30-33

¹⁹⁰ Sainz Cantero José A. Ob. Cit. p 618-619

¹⁹¹ *Ibidem* p 620.

reformas realizadas el 10 de Enero de 1994.

Jiménez de Asúa; afirma que el dolo y la culpa constituyen auténticas especies en las que encarna el genero abstracto de culpabilidad.

Edmundo Mezger citado por López Betancourt dice: "estas formas de culpabilidad son, a la vez, grados determinados de la culpabilidad, y se encuentran, por lo tanto, en una determinada relación de orden y son : ¹⁹²

- 1.- La forma legal de la culpabilidad, denominada habitualmente (dolus) Dolo
- 2.- La forma más leve de la culpabilidad, llamada Culpa
- 3.- La unión especial entre estas dos formas fundamentales.

DOLO

Carrara, como máximo representante de la Escuela clásica, cita Betancourt define al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley. Para los positivistas, el dolo requiere para su existencia de voluntad, intención y fin.

Al hacer referencia a Jiménez de Asúa, piensa que, el Dolo 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 el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere o ratifica.¹⁹³

Según Cuello Calón, consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso. Luis Jiménez de Asúa, lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebrantara el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. Ambos citados por Don Fernando Castellanos ¹⁹⁴

Nos continua relatando Don Fernando que el dolo se fundamenta mediante la unión de dos teorías.- la llamada de la voluntad y la llamada de la representación.

¹⁹² López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México 1998. 5a edo. p 207

¹⁹³ Idem Op. Cit. p 208

¹⁹⁴ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 238

Nos dice que los autores de la primera teoría definían el dolo como en orden a la consecuencia directa que autor ha previsto y ha deseado.

Otros piensan que no es suficiente definir al dolo desde la voluntariedad, porque entonces no habría modo de definir al dolo eventual, sustituyendo el concepto de voluntariedad por el de representación. " 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.¹⁹⁵

ELEMENTOS

1) Etico y otro Volitivo o Emocional.- el primero esta constituido por la conciencia de que se quebranta un deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Cabe hacer el señalamiento de que en cuanto a las clases de Dolo, cada tratadista establece su particular clasificación; para lo cual el Maestro Castellanos Tena nos dice que para él son:

DOLO DIRECTO .- Es aquel que el sujeto se representa el resultado Penalmente tipificado y lo quiere. hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Aquí en opinión de Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

DOLO INDIRECTO.- Conocido también como dolo de consecuencia necesaria.- el agente actúa ante la certeza de que causara otros resultados Penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. (el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos).

DOLO EVENTUAL.- (confundido por algunos con el indeterminado dentro de los que tenemos a Jiménez de Asua) 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,

¹⁹⁵ *Ibidem* Op. Cit p 239

que en última instancia equivale a aceptarlo.¹⁹⁶

LA CULPA

Cuello Calón, citado por Betancourt, nos dice que " existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley."¹⁹⁷

Al referirse a Mezger, nos dice que actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado.

Por su parte Carrara dice que es una voluntaria omisión de diligencia, donde se calculan las consecuencias posibles y previsibles del mismo hecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación.- " la esencia de la culpa radica en obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause daño de cualquier especie ".¹⁹⁸ " Comete un delito imprudente, quien en los casos previsto por la ley, cause un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido por el evitable ... " ¹⁹⁹

El Maestro Betancourt al citar a Pavón Vasconcelos, nos dice que " Aquel resultado típico y antijurídico, no querido no aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.

Ahora bien nos determina que 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 realización de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.
- d) Que el daño sea producto de una misión de voluntad, necesaria, para preservar se un deber de cuidado, indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.

¹⁹⁶ Ibidem Op. Cit. p 240

¹⁹⁷ López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México 1998. 5ª edic. Op. Cit. p 222

¹⁹⁸ Sumario Judicial de la Federación. tomo LVIII, sexta época. 2ª parte p 24-25

¹⁹⁹ Idem S.J.F. vol 83 2ª parte 7ª época pp 30-31.

TEORÍAS

Dentro de las Teorías sobre la culpa nos dice el Maestro Castellanos Tena existen diversas, y dentro de ellas señalaremos a sus principales exponentes :

1) Previsibilidad.- sostenida por Carrara.- " La culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido " afirma que consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho ".

2) De la previsibilidad y evitabilidad.- expuesta por Bindig y 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.

3) Teoría del defecto en la intención.- sostenida por Angiolini. hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la Ley.

El Maestro Tena, considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.²⁰⁰

CLASES

1) Consciente .- con representación o previsión, esto es en cuanto al grado de conocimiento; esto es cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá.

2) Inconsciente.- sin representación o previsión, esto en cuanto al grado de indiferencia, se distingue en culpa leve y culpa grave; y se presenta cuando no se prevé un resultado previsible (plenamente tipificado). (Art. 8, 9,60).

Pavón Vasconcelos al ser citado por Castellanos Tena, nos dice que existe culpa consciente.- cuando el sujeto ha representado la posibilidad de acusación de las consecuencias

²⁰⁰ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 247-248

dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan.²⁰¹

Sin embargo hay delitos que no puede funcionar la culpa:

- a) En los que exija la forma dolosa de culpabilidad (parricidio)
- b) De tendencia (estupro)
- c) Requieran de un elemento subjetivo del injusto (robo, abuso de confianza, fraude y abuso sexual)

Así pues conforme al tradicional criterio subjetivo de base psicológica, la culpabilidad se nos presenta como el nexo de causalidad moral que, a título de dolo o de culpa, une al sujeto imputable con su acto típicamente antijurídico.

RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD

La responsabilidad se presenta como consecuencia del delito y por lo tanto fuera del mismo. Jiménez de Asúa, nos dice que la responsabilidad Penal es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto, del reproche de culpabilidad y de la punibilidad de la acción u omisión típicamente descrita en la ley.

FORMAS

Si lo sabido y querido es tanto el comportamiento del sujeto, como su resultado típicamente antijurídico, estaremos ante la culpabilidad dolosa.

Si lo sabido y querido es únicamente un mero comportamiento, pero no el resultado típicamente antijurídico, estaremos ante la culpabilidad culposa.

Si lo sabido es además del conocimiento el resultado, pero este no es querido estaremos ante las denominadas formas intermedias de culpabilidad. Las cuales admiten una doble vertiente según que el posible resultado, sin ser querido, se confíe, además, en que no se produzca (formas cuasi-culposas), o cuando, no siendo tampoco querido el resultado, sin embargo es absolutamente despreciado y sacrificado en aras de la realización del comportamiento querido (formas cuasi-dolosas).

²⁰¹ *Ibidem* p 248

En el dolo.- el sujeto conoce la naturaleza de su acto y su trascendencia y las determina su ejecución;

En la culpa, si ha previsto el posible resultado, se empeña en persuadirse de que no ha de ocurrir, pasando precipitadamente a la ejecución sin detenerse a pesar de los argumentos en contra. La culpa llamada "inconsciente" o "sin representación" aquella en que el resultado dañoso no fue previsto.²⁰²

DERECHO MEXICANO

Inspirado en el Código Penal de 1871, en la Escuela clásica acepto, como presupuestos de la pena, sin declararlo expresamente en su articulado, la justicia absoluta y la utilidad social combinadas, miro el delito como entidad abstracta y propia y la voluntad criminal como resultante de la inteligencia y del libre albedrío. De aquí que la imputabilidad se fundara en la inteligencia y en la voluntad de hacer a los hombres moralmente responsables. Artículo 34 de dicho ordenamiento.

En cuanto al Código Penal de 1929, su interprete auténtico José Almaráz, declara que en dicho Código Penal se quiso aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso, y como desgraciadamente la realización de este desideratum se oponía a los preceptos Constitucionales, de ahí que la Comisión si bien procuro hacer resaltar la importancia de la personalidad del infractor, se viera obligado a tratar el delito en la parte general y a catalogar los tipos legales de los delitos en el libro III del Código en comento.

Tras admitirse como base se la imputabilidad la voluntad, tampoco se mantuvo como base de la culpabilidad el estado peligroso por oponerse a ello las Garantías Individuales que la Constitución consagra (Ceniceros y Garrido); pero el Código Penal se inspiró también en la Defensa Social reconociendo en la peligrosidad un elemento fundamentalmente aprovechable para la función de la pena o medida de seguridad, en vista de las tendencias antisociales reveladas por el delincuente mediante el delito mismo, no antes. De aquí la adaptación de la sanción a la persona cuya peligrosidad queda revelada.

Por ello fundamental importancia adquieren los artículos 51 y 52 del Código Penal (46 y 47 del proyecto de 1949), el primero de los cuales dispone que, dentro de los límites fijados por la Ley, las sanciones se aplicaran teniendo en cuenta, no el presupuesto de atenuantes y

²⁰² Jiménez de Asúa Luis, Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito), Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edo. p 45.

agravantes catalogadas por la Ley, sino las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; y el segundo que, en consecuencia, en la aplicación de dichas sanciones deberá tenerse en cuenta la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño causado y del peligro corrido (inc 1); la edad, la educación, ilustración, costumbres y conducta precedente del sujeto, motivos que lo impulsaron a delinquir y sus condiciones económicas. (inc 2) las condiciones especiales en que se ancoraba (al delinquir y los demás antecedentes y condiciones que puedan comprobarse . . . y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestran su mayor o menor temibilidad (inc 3); por último el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.²⁰³

IMPUTABILIDAD

Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella a la imputabilidad. Una tercera posición, compartida por el Maestro Castellanos Tena es la que sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

IMPUTABILIDAD.- para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; para que un individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener la capacidad de entender y querer, de determinarse en función de aquello que conoce; de ahí que a la imputabilidad se le considere como soporte o cimiento de la culpabilidad y no como elemento del delito.²⁰⁴ Porte Petit sostiene que la imputabilidad no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto general del mismo.²⁰⁵

Por lo que el Maestro Castellanos Tena coincide con Porte Petit al considerar a la imputabilidad de esta forma; difiriendo en el sentido de que para aquel la integra como un presupuesto general del ilícito Penal, en tanto que este la entiende como presupuesto o soporte de la culpabilidad. Ya que se debe determinar si el sujeto que ejecuto el hecho era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo entonces indagar si poseía las facultades

²⁰³ Carranza y Rivas Raúl. Ob. Cit. p 432-434

²⁰⁴ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 217. & (Programa de Derecho penal Op. cit p 358)

de juicio y decisión.

Mayer, citado por Tena, considera que la Imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Así en el caso de Von Liszt, afirma que es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

Por lo que Imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal. Carranca y Trujillo al ser citado, dice que será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente; es decir todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

La Imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.²⁰⁶

Para el gran Maestro Jiménez de Asúa el término 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 responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad. 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.

Por su parte Mezger, cita Jiménez de Asúa, afirma que la imputabilidad es la capacidad de comprensión. El objeto de la imputación es siempre una conducta típica y antijurídica. Aquella no comienza hasta que están comprobadas la tipicidad y la antijuridicidad. Y el supuesto primero de la culpabilidad es la imputabilidad del autor.²⁰⁷

Son imputables, nos dice el Maestro Castellanos Tena, quienes tienen desarrollada la

²⁰⁵ Porte Petit Candau Lap oclastino. Programa de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1998. 17ª ed. Op. Cit. p 358

²⁰⁶ Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. p 218

²⁰⁷ Ibídema Op. Cit. p 219

mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del *mínimum de salud y desarrollo psíquico* exigidos por la ley del estado; pero solo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de el.

Por otra parte se usa el término *responsabilidad* para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, si obro culposamente.

Responsabilidad.- relación entre el sujeto y el estado. Según el cual éste declara que aquel obró culposamente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.²⁰⁸

Por su parte el autor Ignacio Villalobos nos dice que la *Imputabilidad* es la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden Jurídico y que por lo tanto hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de esta última. Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no esta sin aquella.²⁰⁹ Este autor se adhiere al criterio de considerar a la imputabilidad como un presupuesto y no como un elemento de la culpabilidad.

Toda diferencia en cuanto a que la imputabilidad sea presupuesto potencial de la culpabilidad o elemento constitutivo de la misma, dependerá del concepto que se tenga del dolo y de la culpa: si por el primero se entiende solo una intención o un propósito con apariencia externa de apreciación y aceptación por el sujeto, es claro que habrá actos dolosos sin culpabilidad. El dolo será entonces una forma, una exterioridad o un elemento de la culpabilidad, que para existir, necesitara la suma de un factor más, poco definido y poco preciso en su naturaleza y en su actuación pero que, llamándose "imputabilidad", dará ocasión pura considerar que existe un "estado peligro". Si al contrario, por dolo se entiende ya la intención formada en los seres humanos, precisamente por lo humano (discernimiento y voluntad normales) y no por irregularidades que no tienen la misma esencia, entonces esa normalidad, esa capacidad de funcionamiento por los elementos intelectuales y emocionales genuinos y limpios y no por substitutivos de atrofia o de perturbación, no será sino un "presupuesto de la culpabilidad, un antecedente necesario y no un elemento diverso, separado y adicional."²¹⁰

El autor Alfonso Arroyo de las Heras establece las siguientes posturas Doctrinales sobre la base filosófica de la Imputabilidad.

²⁰⁸ *Ibidem* Op. Cit. p 220

²⁰⁹ Villalobos Ignacio. Ob. Cit. p 286

²¹⁰ *Idem.* p 286

1) Libre Albedrío.- es la postura clásica y encuentra su base en la facultad de la voluntad del hombre de manifestarse en el sentido que quiera de acuerdo con su discernimiento, eligiendo unos móviles en lugar de otros.

2) Determinismo.- según los partidarios de esta teoría el libre albedrío no es mas que una ilusión del mismo modo que decimos ser causales o arbitrarios los fenómenos metereológicos por no conocer los precedentes inmediatos, así se cree también libres o arbitrarios los fenómenos de la voluntad.

Del determinismo han derivado importantes doctrinas como son :

a) Abolición de la responsabilidad criminal, sustituyendo el Derecho Penal por un Derecho protector de los criminales.

b) Responsabilidad social.- basada en el estado peligroso por la cual el hombre es responsable, cualquiera que sea su capacidad moral, por el hecho de vivir en sociedad.

c) Teoría de la intimidabilidad, la imputabilidad consiste en la capacidad para sentir la coacción psicológica de la pena.

d) Teoría de la normalidad de Von Liszt.- la imputabilidad consiste en la facultad normal de determinarse, es decir, la capacidad de conducirse socialmente observando una conducta que responde a las exigencias de la vida política común de los hombres.

3) Voluntariedad.- la mayor parte de tratadistas rechazan la pugna entre el libre albedrío y el determinismo y lo manifiestan en base a esta teoría que lo que interesa es que dicha voluntad actúe, siendo suficiente con que la acción u omisión sea voluntaria, es decir proveniente de la voluntad libre y consciente del agente.²¹¹

IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

Si la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culposamente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos.

²¹¹ Arroyo de las Heras Alfonso. Ob. Cit. p 85-86

En resumen que la antijuridicidad es una relación del hecho con el orden jurídico; la imputabilidad es calidad o estado de capacidad del sujeto; la culpabilidad es relación del acto con el sujeto; y la responsabilidad lo es entre el sujeto y el estado, relación esta última que puede tomarse en tres momentos : El relativo a la imputabilidad que es solo capacidad o potencialidad, y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que deriva de la elección de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el que corresponde a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el estado.²¹²

PUNIBILIDAD

La punibilidad, según Sainz Cantero, puede ser concebida de dos formas: como una previsión legal y abstracta de la pena para una conducta típica, antijurídica y culpable, bajo cuyo entendimiento sería punible todo hecho conminado con pena por la ley; y como posibilidad de aplicar la pena conminada a una conducta típica, antijurídica y culpable, en cuyo sentido sería punible sólo el hecho de que, en el supuesto concreto, puede ser castigado. Es la posibilidad jurídica de imponer una sanción penal al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Una conducta humana típica, antijurídica y culpable será también punible cuando le pueda ser aplicada la pena que para ella, en abstracto conmina la Ley, y no lo será cuando falte la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad o perseguibilidad que el ordenamiento Jurídico exige, o cuando este la exima de pena por una circunstancia personal del autor o por una razón, de utilidad, de política criminal o de oportunidad política.²¹³

Pavón Vasconcelos.- señala que la punibilidad es la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas Jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.²¹⁴

El Maestro Betancourt al citar a Bettioli, nos dice que este la define como el "tratamiento de una consecuencia Jurídica del delito".

²¹² Villalobos Ignacio. Ob. Cit. p 286

²¹³ Sainz Cantero José A. Ob. Cit., p 748- 749

Así para Guillermo Saucer la punibilidad es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la Ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la idea del Derecho.

La punibilidad esta constituida por elementos subjetivos y objetivos.- los primeros llamados también calificativos psicológicas y los segundos calificantes objetivas.

Binding.- llama a todas las características de punibilidad, también calificantes legales del contenido de la pena, y para el delito tienen un significado netamente criminalístico.²¹⁵

El maestro Alfonso Arroyo de las Heras afirma que sin punibilidad no habrá delito, aunque concurren todos los demás caracteres que integran la definición del ente delictual.

Por su parte el Maestro Castellanos Tena afirma que la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación Estatal para los infractores de ciertas Normas Jurídicas (ejercicio del ius puniendi); la punibilidad es en resumen:

- a) Merecimiento de penas
- b) Conminación Estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales.
- c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.²¹⁶

En nuestro Derecho, se señala al acto o a la omisión para ser delictuosos, el estar sancionados por las Leyes Penales (art. 7 del Código Penal para el Distrito Federal) lo que hace que el concepto de delito se integre con el elemento " acción ", como presupuesto del elemento " punibilidad " que es su predicado.

El requisito de la amenaza Penal, como elemento constitutivo del concepto de delito ha sido criticado por decirse que esta contenido en el tipo de acción punible, antijurídica y culpable.

Puede decirse que en todos los casos la Ley exige que para que exista punibilidad de la acción, se requiere de un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos, pero en ocasiones fija otras condiciones objetivas , así tenemos el caso de los delincuentes que

²¹⁴ Pavón Vasconcelos Francisco. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México 1998. 5a ed. Op. Cit. p 253

²¹⁵ López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México 1998. 5ª ed. p 253

cometen infracción en el extranjero y deberán ser sancionados en la República. En ocasiones también la punibilidad esta cualificada por el resultado mismo, más o menos grave, no causado por el infractor es el caso de provocaciones publicas de delitos (art. 209 del mismo ordenamiento).

En ciertos delitos, los llamados privados, es condición de procedibilidad de la acción Penal, que prácticamente extraña condición de punibilidad, la querrela del ofendido o de sus representantes legales.²¹⁷

Porte Petit.- afirmo en un curso de Doctorado que " cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que esta no es un elemento sino una consecuencia del delito .²¹⁸

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Para Beling, cita López Betancourt.- las condiciones objetivas de punibilidad son " ciertas circunstancias exigidas por la Ley Penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen el carácter de culpabilidad "²¹⁹

Jescheck, también citado por él .- considera a las condiciones objetivas de punibilidad, como circunstancias que se hayan fuera del tipo del injusto y del de culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y la posibilidad de la participación como pertenecen al tipo, no es preciso que sean abarcadas por el dolo, ni por la culpa; y son indiferentes en orden al lugar y al tipo de la acción.

Ahora bien las condiciones objetivas de punibilidad.- tampoco son elementos esenciales del delito si las contiene la descripción legal, se tratara de caracteres o partes integrantes del tipo. basta la existencia de un solo delito, sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia.²²⁰

²¹⁴ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 277

²¹⁷ Carrascá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano (parte general) Editorial Porrúa. México 1988. 16a edc.

²¹⁸ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 277

²¹⁹ López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México 1988. 5a edc. 1998. Op. Cit. p 237

José A Sainz Cantero nos dice al respecto de las condiciones objetivas de punibilidad que por regla general, para que una conducta sea punible basta que se den los presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero hay veces que estos presupuestos no bastan para hacer posible la imposición de la pena porque la ley exige que se de algo más, una condición, para la punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable.

Las condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los presupuestos procesales. En las primeras se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido que en cada caso se requiere, mientras que en los presupuestos se toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un Proceso Penal.²²¹

Porte Petit, nos dice que las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos constitutivos del delito, ya que no se requiere su existencia.²²²

Maggiore en su obra Derecho Penal · tomo I formula corolarios respecto a estas condiciones afirma que :

- a) Las condiciones de punibilidad son solamente suspensivas, no resolutivas.
- b) Las condiciones de punibilidad, supone un delito completo en todos sus elementos esenciales; si alguno falta, no habrá delito, aunque la condición se verifique.
- c) Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como intentado; también la tentativa supone la verificación de la condición.
- d) No es punible la participación o el favorecimiento en un delito condicional, cuya condición de punibilidad no se haya verificado.
- e) El momento consumativo del delito condicional coincide no con la consumación efectiva, sino con la realización de la condición; por eso la prescripción empieza a contarse desde ese momento.

²²⁰ Idem Op. Cit. p 237-238

²²¹ Sainz Cantero José A. Ob. Cit p 748-749

ASPECTOS NEGATIVOS

CUESTIONES PREVIAS

Ignacio Villalobos nos dice que las excluyentes de responsabilidad son, pues condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del Derecho Penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por tanto no produce la responsabilidad que es inherente al delito.

Ahora bien, nos dice que, las excluyentes de responsabilidad son condiciones especiales que concurren en la realización de un hecho típico y que eliminan todo acto del acusado, o la antijuridicidad del suceso, o la culpabilidad en el agente por lo cual dicho evento no es ya delictuoso, no es que siga existiendo un delito con distintos aspectos, lo que confirma que la conducta humana, la antijuridicidad y la culpabilidad son verdaderos factores, elementos integrantes del concepto Jurídico "delito" y no simples aspectos del mismo.

Y es notorio que si por falta del acto humano, de antijuridicidad o de culpabilidad no hay delito, es impropio señalar tales ausencias como "aspectos negativos del delito", pues un delito que no existe no puede tener aspectos positivos ni negativos ni de ninguna otra especie.

La primera es, nos explica, que la enumeración que las leyes hacen de las cosas que excluyen la responsabilidad no es restrictiva, pues cualquiera otra condición o circunstancia no prevista pero que elimine alguno de los elementos del delito, hará desaparecer éste, y con él, la responsabilidad de su autor, excepción hecha de las excluyentes de antijuridicidad que no pueden producir efecto sin una declaración o un reconocimiento legal, como luego veremos.²²³

1. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta, como aspecto, es considerada impeditivo de la formación de la figura delictiva. Ahora bien, una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta es la llamada *vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible a que se

²²² Porte Petit Candau y Celastino. Op. Cit. p 238

²²³ Villalobos Ignacio. Ob. Cit. p 333,334,335

refería la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, antes de la reforma y que cabe perfectamente en la nueva disposición. Esta misma opinión era tomada por Celestino Porte Petit al afirmar que el aspecto negativo del delito, sintetizada en la fórmula *Nullum Crimen Sine Actione*.²²⁴

Se considera también como factor eliminatorio de la conducta a la *Vis Maior* (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Operar, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta, que es siempre un comportamiento humano voluntario.

La *Vis Maior* de la naturaleza

La *Vis Absoluta*.- deriva del hombre

Los Actos reflejos.- son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito), pero si se pueden controlar o retardar.

Para algunos Penalistas.- son verdaderos aspectos negativos de la conducta.- el sueño, el hipnotismo, 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.²²⁵

En cuanto al sueño; se ha definido como el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas así como de la temperatura del cuerpo.

En cuanto al hipnotismo se dice que es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales.

El sonambulismo, es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar, y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo.²²⁶

Porte Petit nos dice que el aspecto negativo de la conducta entraña la actividad y la inactividad no voluntarias. No existe unanimidad respecto de los casos de ausencia de conducta, habida cuenta que las opiniones de los autores se dividen en dos grupos:

²²⁴ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit . p 164.

²²⁵ Idem p 164

²²⁶ López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5ª edc. p 176

- 1.- Los que señalan hipótesis en las cuales es innegable la ausencia de conducta; y
- 2.- Aquellos que además incluyen casos que para otros son hipótesis de inimputabilidad.

Fuerza física irresistible o *vis absoluta*.- en primer termino, es necesario dar el concepto de fuerza física irresistible, debiéndose entender por ella, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto: " De acuerdo con la Doctrina y la Jurisprudencia que debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior 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 involuntario. 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 vea obligado a ceder ante ella ". " por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que este ejecute, irremediabilmente, lo que no ha querido ejecutar ".²²⁷

La fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntaria, un movimiento corporal que realiza el sujeto, o una inactividad voluntaria. 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 la inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: " la voluntad ". Se ha estimado y con razón, que en estos casos el hombre actúa como un instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, el mosquete, etc. en la mano del hombre para realizar un delito, y sancionar al individuo cuando actúa por una fuerza física irresistible, es tanto se dice, como sancionar a cualesquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente.²²⁸

ELEMENTOS

Se desprenden de la Vis Absoluta, los siguientes elementos :

- a) Una Fuerza
- b) Física
- c) Humana, e

²²⁷ Semanario Judicial de la Federación. tomo XCIII. P 2018 & tomo LXXXIV. P 175

d) Irresistible.

ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA VIS ABSOLUTA Y LA VIS COMPULSIVA

En cuanto a las analogías, anotamos que en la vis absoluta y compulsiva, hay:

- a) Una fuerza
- b) Humana, y
- c) Exterior.

Por lo que respecta a las diferencias, en la vis absoluta existe una fuerza física y en la vis compulsiva, moral. En la primera, esa fuerza física es irresistible y en la vis compulsiva, no lo es, porque el sujeto pasivo puede elegir entre la realización o no de la conducta, es decir, es resistible. La vis absoluta constituye un aspecto negativo de la conducta, en tanto que, la vis moral, puede ser una causa de inculpabilidad por inexigibilidad, o bien, una causa de inimputabilidad, según los casos.

Jiménez de Asúa al ser citado por el Maestro Porte Petit nos dice que los escritores que como Beling, Merkel y Emilio González López, consideran la acción como elemento integrante de la tipicidad, miran como es lógico, la falta de acto como ausencia de tipo. En cambio, el da una personalidad y autonomía al acto, estimándose como el primer carácter del delito, hacemos de la falta de acción un elemento negativo del crimen con sustantividad propia.

Por tanto la fuerza irresistible, por ejemplo, no es ausencia de tipicidad, sino falta de acción. En general, puede decirse que toda conducta que no sea voluntaria - en el sentido de espontánea- y motivada, supone ausencia del acto humano. Así la fuerza irresistible material. Importa advertir que ni la demencia ni la coacción moral (miedo insuperable) pueden ser falta de acción, pues aunque anormal la primera, supone conducta voluntaria y motivada, y estos mismos requisitos reúne la segunda, pues el que obra en virtud de miedo invencible, pudo también, según el grado de este, decidirse por el propio sacrificio o el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la coacción y perpetrar el acto punible. Estos casos serán motivos de inimputabilidad y de inculpabilidad.²²⁹

Es constante en los escritores de España y Francia considerar la Vis física y moral como forma de inimputabilidad, cuando no se incluyen erróneamente como justificantes. Así pensábamos nosotros hace treinta años. De cuando viene expuesto se comprende que es preciso rectificar tan falso aserto.

²²⁹ Porte Petit Candaup Celestino. Op. Cit p 407

Cuando a un sujeto se le obliga con la mano apresada, a que clave un puñal a un individuo desconocido a quien no quiere herir ni matar, pero que es adversario de quien emplea la fuerza, si el agente no puede oponerse a ese movimiento corporal forzado, estamos en un caso de falta de acción, puesto que para que esta exista se precisa que proceda de un ser provisto de voluntad, y el violentado físicamente es un instrumento como el revólver o el cuchillo: el golpe del puñal o el disparo no son actos en el sentido exacto del vocablo. Se nos dirá que es excepcional ese caso de acción homicida, tan inútil en su procedimiento, puesto que quien nos toma del brazo y no fuerza a clavar el arma, pudo hacerlo por sí mismo más llanamente.²³⁰

Por su parte Alfonso Arroyo de las Heras al hacer alusión a Mezger entiende que todos los supuestos de ausencia de acto pueden reducirse a dos grupos: Los denominados movimientos reflejos y el obrar bajo el influjo de una fuerza irresistible.

Según el citado tratadista, son movimientos reflejos " aquellos movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no está bajo un influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, es decir, aquellos casos en los que un estímulo, subconsciente y al ser sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor produciendo el movimiento, tal el supuesto del sujeto que en un ataque convulsivo daña una cosa ajena ".

Fuerza irresistible.- " movimientos corporales en los que una persona, a consecuencia de la fuerza exterior que sobre ella se ejerce, actúa como instrumento sin voluntad en manos de otro, tal es el caso de conducir por la fuerza la mano ajena para que firme un documento ".

La solución en cada caso vendrá determinada en atención a la manifestación de voluntad como elemento de la acción, manifestación de voluntad que, como ya dijimos, ha de ser consciente y espontánea en cuanto al actuar voluntario, no en cuanto al contenido de la voluntad.

En consecuencia, determina, en aquellos casos en que la manifestación de voluntad (en sentido indicado) falta de manera absoluta no podrá hablarse de acción, no hay acción. Así quedará excluida la acción en los supuestos de sueño o sonambulismo, con posibilidad en este último caso de responsabilidad por culpa cuando el sujeto que se sabe sonámbulo no adopta las precauciones que pudieron evitar un daño previsible, en los de hipnosis, cuando el

²³⁰ Ibidem Op. Cit p 408

hipnotizado actúa huérfano de toda consciencia siempre que no se haya solicitado o aceptado la sugestión hipnótica a fin de adquirir el necesario valor para ejecución del hecho, supuesto, al igual que sucede en la embriaguez, de plena responsabilidad, y, en general, los estados de inconsciencia absoluta en los que, lógicamente, no cabe hablar de manifestación de voluntad.²³¹

Efectos de la ausencia de conducta.- es sumamente importante distinguir los casos en que media ausencia de conducta, de aquellos, en que tampoco hay delito, debido a que falta alguno de los restantes caracteres. La ausencia de conducta tiene unos efectos prácticos inmediatos, entre los que cabe mencionar específicamente los siguientes: a) El que se vale de un sujeto que no realiza conducta para cometer un delito es, por lo general, autor directo del delito; el que no realiza conducta nunca es autor. b) Contra los movimientos de quien no se conduce se puede actuar en estado de necesidad, pero no cabe oponer la legítima defensa. c) No se puede ser partícipe de los movimientos de un sujeto que no realiza conducta.²³²

EXCLUYENTE POR FALTA DE PECADO

FUERZA FISICA.- El acto de quien es violentado físicamente a escribir una injuria o dar un golpe a otra persona, consiste propiamente en resistir a la violencia que se le hace; y el movimiento que resulta no es exteriorización de voluntad de ese sujeto que aparece como agente inmediato sino todo lo contrario. Tiene en su favor ese sujeto, en caso de ser acusado, una excluyente de responsabilidad por falta de acto suyo.

El acto humano es positivo o negativo, es acción u omisión; y no existe motivo plausible para consignar en incisos separados una excluyente de igual naturaleza: falta de "acto" por parte del acusado, por el solo hecho de que se produzca la violación de una ley prohibitiva, bajo el influjo de una fuerza física exterior irresistible, o bien se quebrante una disposición afirmativa por mediar un impedimento físico insuperable. Se podría intentar una redacción de la excluyente que abarca todos esos supuestos, diciendo, por ejemplo: "producirse el hecho bajo el influjo de una causa física que actúa sobre el sujeto de manera insuperable"; o acaso en términos que pudieran englobar con mayor claridad todos los casos en que falta el acto, resolviéndose a centrar la descripción de la excluyente sobre sus verdaderos elementos: "producirse el suceso por movimientos u omisiones que no provengan en absoluto de la voluntad del acusado"; o bien "... por movimientos u omisiones que se realicen sin la voluntad del acusado".²³³

²³⁰ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (La ley y el delito) Editorial. Sudamericana Buenos Aires 1990. p 219

²³¹ Arroyo de las Heras Alfonso. Ob. Cit. p 77

²³² Idem p 78

LEGISLACIÓN

El Código Penal de 1871, en el artículo 34, establece que es circunstancia que excluye la responsabilidad criminal por la infracción de Leyes Penales, quebrantar una Ley Penal violentado por una fuerza física irresistible. El proyecto de reformas al Código de 1871, reproduce el mismo contenido en el artículo 34, circunstancia IX. El Código de 1929 reza: es circunstancia que excluye la responsabilidad Penal, es decir, de justificación legal, contravenir las disposiciones de una Ley Penal, violentado por una fuerza física irresistible.²³⁴

Los Códigos de Guerrero, del Estado de México, y de Veracruz, no hacen referencia a la vis absoluta, diciéndose en la Exposición de Motivos del Código Penal del Estado de México, que " se suprime del catalogo de las excluyentes de responsabilidad, la fuerza física exterior irresistible, por estimarse que, de acuerdo, con la opinión casi unánime de los tratadistas constituye un caso de falta de acción.

Igualmente, el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1958, no alude a la Vis Absoluta, argumentándose en la Exposición de Motivos: " la Comisión estimó pertinente no incluir como caso de inexistencia del delito la fuerza física irresistible, por ser innecesario, ya que quien obra impulsado por dicha fuerza no actúa convirtiéndose en un simple instrumento ". Y el proyecto del Código Penal Tipo para la República Mexicana estatuye que es causa excluyente de incriminación, violar la Ley Penal por fuerza física irresistible, o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal de 1931, en la fracción I del artículo 15, preceptúa que es circunstancia excluyente de responsabilidad Penal, obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible.

Con referencia al texto original de la fracción I del artículo 15 del Código Penal antes mencionado, se desprende que no es indispensable la inclusión en la Ley de todas las formas de excluyentes de responsabilidad por ausencia de conductas, pues cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, impediría la integración de este, con independencia de lo que dijera o no el Legislador expresamente en el capítulo de las eximentes; por otra parte el artículo 7 del Código Penal antes citado, por otro lado delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales, en ausencia de conducta (acto u omisión) nada habría que sancionar.

²³³ Ibidem, p 79

²³⁴ Porte Petit Candaudap Celostino. Apuntamientos de la parte gral. del Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1998. 17ª edic. p 408

REQUISITOS DEL ARTICULO 15 FRACC I

- 1.- Obrar el acusado
- 2.- Impulsado
- 3.- Por una fuerza humana
- 4.- Física
- 5.- Exterior
- 6.- Irresistible

1.- Obrar el acusado.- Es indudable que el termino "obrar " es impropio por reducido, pues abarca únicamente el hacer, cuando que el aspecto negativo de la conducta incluye además el no hacer, ambos como es natural contra la voluntad del agente.

2.- Impulsado.- Impulsar es impeler y esto quiere decir dar empuje para producir movimiento.

No cabe duda que entre los términos "impulsar" y "violentar", hay que aceptar el segundo, en cuanto que "violentar " implica que el hacer o el no hacer han sido llevados a cabo contra la voluntad del agente y por el contrario, "impulsar ", da a entender que se ha dado empuje a un movimiento voluntario.²³⁵

3.- Por fuerza humana.- es necesaria la existencia de un fuerza proveniente del hombre, pues de no ser así estaríamos ante la fuerza mayor al tener su origen en fuerzas subhumanas; de la naturaleza o de los animales.

4.- La fuerza debe ser fisica.- es decir, material, porque a diferencia de la fuerza moral, es la única que puede constreñir al sujeto a actuar contra su voluntad.

5.- Exterior.- El Código Penal, se refiere a que la fuerza sea exterior, debiéndose resolverse si este termino es necesario para dar el concepto de la vis absoluta.

Considera que esta por demás la palabra "exterior", porque precisamente al decir fuerza fisica, sin asomo de duda se deduce que ha de ser exterior. Además, si como se expresa, se agregó ese término para excluir la fuerza moral.

6.- Irresistible.- La fuerza fisica es irresistible, cuando el sujeto que la sufre, no la puede dominar, es vencido por ella..

²³⁵ Idem p 411

INNECESARIA INCLUSIÓN EN LA LEY DE LA VIS ABSOLUTA

El artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal en vigor determina que el delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales. Bastará pues, el conocimiento dogmático que se tiene del delito, para llegar a la conclusión de que la fracción I del artículo 15 se refiere a una hipótesis del aspecto negativo del mismo.

Para el celebre Maestro Porte Petit no es necesario, mencionar en el Código Penal citado la vis absoluta, pero en caso de hacerlo debía también aludirse no solamente a la vis absoluta sino a todas aquellas hipótesis de ausencia de conducta como lo establece el proyecto de Código Penal, tipo para la República Mexicana, y no limitarse, como el Código de 1931, a la vis absoluta, con la circunstancia además de emplear una redacción poco acertada.

AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD

El Maestro Castellanos Tena, nos dice que 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. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Establece que suele distinguirse entre ausencia de tipo y tipicidad, la primera se presenta cuando el Legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada. En el fondo, en toda tipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.²³⁶

Sainz Cantero señala que la ausencia de tipicidad se da, ante el hecho real que en la practica se examina, se constata que no existe un tipo Penal que describa el supuesto fáctico y cuando, existiendo un tipo que, en principio, se proyecta sobre el hecho, no se dan en este algunas de las características que el tipo exige. Inexistencia de tipo en que subsumir la conducta y ausencia de alguna de las características típicas son las dos situaciones que

²³⁶ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 170

conducen a afirmar que el supuesto fáctico en examen no es típico. A estas dos situaciones se añade una tercera (la de las acciones socialmente adecuadas) por un sector de la doctrina.

Asimismo la ausencia de un solo elemento o característica del tipo obliga al interprete a negar la tipicidad de la conducta. La falta de tipicidad, puede resultar por no darse en el supuesto real la exigencia que el tipo hace de determinadas cualidades del sujeto activo o del sujeto pasivo, las concreciones del objeto material, de la conducta, las referencias temporales o espaciales, etc. La ausencia de cualquiera de esas características excluirá la tipicidad. No la excluye la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, en aquellas figuras delictivas que las formulan junto al tipo. Las condiciones objetivas de punibilidad como se ha dicho, no pertenecen al tipo y, por ello, cuando no se den en el supuesto fáctico, la conducta será típica aunque no podrá ser penada, no será punible.²³⁷

López Betancourt señala que es importante diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, siendo que en el segundo caso, no existe descripción de la conducta o hecho, en la Norma Penal.

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado: " Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo, (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc. mientras la segunda, presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley "²³⁸

Jiménez de Asúa manifiesta por su parte que: " ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos: a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las Leyes Penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha); b) Cuando la Ley Penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad, en sentido estricto) "

Betancourt al citar a Beling, nos dice que habrá carencia del tipo cuando " la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales "

²³⁷ Sainz Cantero José A. Ob. Cit. p 354

²³⁸ Boletín de Información Judicial, XIV, P 262.

Y Sauer, estima que se da ausencia de tipo " cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular ".²³⁹

La falta de encaje entre el hecho de la vida real y el tipo legal puede ser total, como sucede cuando el Legislador no ha descrito en absoluto tal hecho, o bien únicamente parcial, en aquellos casos en los que, no obstante hallarse el hecho descrito, considerado el mismo como formulación de concepto, sin embargo, el hecho de la vida real que se nos brinda carece de alguno de los elementos que han de integrarlo según la descripción legal, en cuyo caso, como en el primeramente citado, el hecho concreto en sí será irrelevante a efectos Penales.²⁴⁰

La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la Ley, incluso aunque sea antijurídica. En consecuencia primera de la famosa máxima Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege, que técnicamente se traduce: " no hay delito sin tipicidad ".²⁴¹

Por lo que tomando en consideración que el aspecto negativo de la tipicidad es determinado por la ausencia de varios elementos; pasaremos a citar algunos autores, para quienes dicha falta de elementos son variados y muy similares:

Las Causas de Atipicidad pueden reducirse a las siguientes, según nos afirma el Maestro castellanos Tena:

a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; estos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: " intencionalmente ", " a sabiendas ", " con el propósito " etc. Su ausencia hará operar una atipicidad.²⁴²

Porte Petit al citar a Puig Peña, nos dice que estima que a la tipicidad se contraponen la ausencia de tipo o atipicidad, lo que puede ocurrir en los supuestos siguientes: 1) Total

²³⁹ López Bolancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México 1998. 5ª ed. p 130

²⁴⁰ Arroyo de las Heras Alfonso. Ob. Cit. p102

²⁴¹ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la ley y el delito) Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990. p 225

ausencia del tipo; 2) Ausencia de tipicidad por falta de objeto; 3) Ausencia de tipicidad por falta de sujeto típico; 4) Ausencia de tipicidad por falta de medio típico, y 5) Ausencia de tipicidad por falta de las referencias temporales o espaciales del tipo.²⁴³

Para Edmundo Mezger, al que también cita pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito, siendo las siguientes:

- a) Cuando falte el sujeto que la ley exige
- b) Cuando falte el objeto que la ley exige
- c) Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley
- d) Cuando falte la referencia local o espacial exigida por la ley
- e) Cuando falte una referencia de otra índole, exigida especialmente por la ley.

Para Jiménez de Asúa, la atipicidad se dará cuando exista:

- 1.- Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.
- 2.- Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto.
- 3.- Ausencia de adecuación típica por falta de las referencias temporales o espaciales.
- 4.- Ausencia de adecuación típica por falta de medio previsto.
- 5.- Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto.
- 6.- Ausencia de la adecuación típica por carencia de los elementos normativos.

De lo anterior nosotros afirmamos que los elementos negativos del tipo penal son:

- a) Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho; b) Ausencia de la calidad del sujeto activo exigido en el tipo; c) Ausencia de la calidad del sujeto pasivo exigido en el tipo; d) Ausencia del objeto jurídico; e) Ausencia del objeto material; f) Ausencia de las modalidades de conducta (de referencias temporales; de referencias espaciales, de referencia a otro hecho punible, de referencia a otra índole exigida por el tipo; de los medios empleados) g) Ausencia del elemento normativo; h) Ausencia del elemento subjetivo del injusto.²⁴⁴

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

²⁴³ Castellanos Tena Fernando, *Ob. Cit.* p 174

²⁴⁴ Porte Petit Candusap Celastino, *Apostamientos de la parte gen. del Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México 1998, 17a edc. 477

²⁴⁵ Jiménez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal (La Ley y el Delito)*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edc. p 49.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, son llamadas también justificantes, causas eliminatorias de antijuridicidad, causas de licitud, etc.

Raúl Carranca y Trujillo, con acierto utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación, término más adecuado que el utilizado por el Legislador (causas excluyentes de responsabilidad); estas causas que excluyen la incriminación son : ausencia de conducta; atipicidad; causas de justificación; causas de inimputabilidad; causas de inculpabilidad.²⁴⁵

Alfonso Arroyo de las Heras expone que el fundamento de las causas de justificación se encuentran 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 el bien jurídico salvaguardado en el estado de necesidad y en los casos de justificación supralegal.

A las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la Ley se les llama " supralecales " critica esta denominación al afirmar que aludir a supralegalidad produce la impresión se algo por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad esa eximentes derivan de la propia Ley.

Las causas de justificación cuya concurrencia llevó a aparejada la ausencia de lo injusto. El fundamento de estas causas, según afirma Jiménez de Asúa, al citarlo, no es otro que el reconocimiento del interés preponderante. Dice el citado profesor: " Solo la preponderancia del interés que se actúa (ejercicio de un derecho) protege (estado de necesidad) o defiende (legítima defensa) o el deber que se cumple (cumplimiento de un deber) fundamentan las causas de justificación."²⁴⁶

Dentro de las causas de Justificación, nos sigue explicando el Maestro Castellanos Tena, el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea Penal o Civil, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.

²⁴⁵ Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano (parte general). Editorial Porrúa, México 1986 p 425

²⁴⁶ Arroyo de las Heras Alfonso. Ob. Cit. p 91-92

Dentro de las causas de justificación encontramos a) la legítima defensa; b) estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado); c) Cumplimiento de un deber; d) Ejercicio de un derecho; e) Obediencia jerárquica (si el inferior esta legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber; f) Impedimento legítimo.²⁴⁷

Se ha considerado que la legítima defensa fue creada para conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio de los derechos. Para algunos autores, realmente el fundamento de la legítima defensa es único porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Es una situación en la que el sujeto puede actuar en defensa de sus derechos o bienes jurídicos tutelados, en virtud de que el derecho no tiene otra forma de garantizar los mismos.²⁴⁸

ANÁLISIS

1.- Legítima defensa.- es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o por tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

Fundamento.- desde muy antiguo ha sido reconocida la legítima defensa e inclusive el Derecho Canónico se ocupó de ella al establecer: *Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt* (todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza).

Para la Escuela Clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que en un momento dado el estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que el se defienda; así, la defensa privada es sustitutiva de la pública.

Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social, el sujeto que se defiende no es peligroso.

Legítima Defensa en el Derecho Mexicano.- (Art, 15, fracc. III, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal vigente " repeler ..." Por agresión, debe entenderse con Mezger, citado por Don Fernando .- la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Dicha agresión ha de ser real, actual o inminente, injusta, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado.

²⁴⁷ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 194.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos. al igual que el texto anterior la fracción en comento del artículo 15, se exige que exista necesidad racional de la defensa empleada y que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.²⁴⁹

Por otro lado la presunción de la legítima defensa son *juris tantum*, es decir, pueden admitir prueba en contrario.

La legítima defensa según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacando mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante “.

También afirma la Suprema Corte que se entiende por legítima defensa, la que es necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual, dirigido al que se defiende o contra un tercero. Es decir, que la situación fundamentadora de la legítima defensa se caracteriza por el ataque actual y antijurídico “

La legítima defensa esta reglamentada en el código de 1871, en el artículo 34, 8a. el Proyecto de reformas al Código ,mencionado, incluyo esta causa de licitud igualmente en el artículo 34, fracción VIII, y el código de 1929, en el artículo 45, fracción III. El código vigente requiere de la presencia de “requisitos positivos y negativos “ para la existencia de la legítima defensa, como se desprende del contenido del artículo 15 en su fracción III, lo que ha dado lugar a constantes críticas que influyeron al redactarse los proyectos de Código penal de 1949, de 1958 y de Código tipo para la República Mexicana.²⁵⁰

REQUISITOS POSITIVOS

Una agresión; Actual; Violenta; Sin derecho; y de la cual resulte un peligro eminente.

REQUISITOS NEGATIVOS

Que haya una provocación a la agresión y que sea causa inmediata y suficiente para ella.

²⁴⁹ López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. Editorial Porrúa. México 1998 5a edo. p 165

²⁵⁰ Castellanos Teus Fernando. Ob. Cit. p 195.

ESTADO DE NECESIDAD

Elementos positivos

- Un peligro, real, grave, e inminente

Elementos negativos

- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial que no tenga el deber legal de sufrir el peligro.²⁵¹

Al citar a Von Liszt, afirma que el estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

Elementos.- son: a) Una situación de peligro, real, actual o eminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionando intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tuteado (propio o ajeno); d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Casos específicos de estado de necesidad.- el aborto terapéutico, el robo famélico.²⁵²

Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien mayor o igual entidad jurídicamente tuteado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que el estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico tutelado para salvaguardar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente.²⁵³

IMPUTABILIDAD

Ignacio Villalobos afirma que si la imputabilidad es una calidad del sujeto que le hace

²⁵⁰ Porte Petá Candaudap Celestino. Ob. Cit. p 13

²⁵¹ Porte Petá Candaudap Celestino. Apuntamientos de la parte gral del Derecho Penal. Editorial Porrúa. 17a edc. 1998. p 514.

²⁵² Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 183 a 214.

²⁵³ Semanario Judicial de la Federación, XLI, sexta época, segunda parte, p 31 .

capaz de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, y para ello capacidad de entender y de querer normalmente, es palmario que la excluyente de imputabilidad será la que suprima, en el juicio, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos, o que elimine la posibilidad, aún conociendo el verdadero el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse, de tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido.

Al citar a Ricardo Nuñez, quien siguiendo principalmente a Mezger, habla de tres sistemas tradicionales para determinar los casos de inimputabilidad, sistemas cuya denominación como "biológico", "psicológico" y "mixto" convienen ambos autores es señalar como impropia.

El primero o Etiológico, según propone Nuñez, consiste en referirse a las condiciones del sujeto que le permiten o le impiden actuar normalmente, como la edad o la salud mental.

El llamado Psicológico o funcional.- es el que menciona la capacidad o incapacidad del sujeto por el hecho de que tenga o no conciencia de sus actos y voluntariedad en la determinación de los mismos; sistema que no habla de la raíz de normalidad o anormalidad en el sujeto sino de la forma de actuar psicológicamente.

Finalmente, como sistema bio-psicológico, mixto o integral se indica el que menciona tanto la Constitución o el estado del sujeto como su forma de actuación.²⁵⁴

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.

Las ubicamos en el artículo 15 fracc. VII "padecer el inculpado al cometer la infracción ... " abarca dos hipótesis a) Trastorno mental, b) Desarrollo intelectual retardado.

Trastorno mental.- consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La Ley vigente no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes.²⁵⁵

²⁵⁴ Villalobos Ignacio. Ob. Cit. p 288

²⁵⁵ Castellanos Ferns Fernando. Ob. Cit. p 225

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

López Betancourt Eduardo afirma que la inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la 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, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de la esencia.

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

La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de estos; por otra parte esta, consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.²⁵⁶

IGNORANCIA Y ERROR Castellanos Tena Fernando nos dice que el error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como este es en la realidad. Según los escolásticos; veritas est Adaaquatio intellectus et veri (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce pero se conoce equivocadamente.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; mientras en el error hay una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia del conocimiento.

La Ignorancia .- es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice en sentido negativo.

El error.- es una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Este se divide en Error de Derecho y el Error de Hecho que a su vez se clasifica en esencial y accidental.

Error de Derecho.- cuando un sujeto en la realización de un hecho delictivo alga ignorancia o error de la ley.

Error de hecho; Esencial.- el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir, hay desconocimiento de su antijuridicidad.

Accidental.- de Golpe.- es cuando hay una desviación del mismo en el hecho ilícito, provocando un daño equivalente, menor y mayor al propuesto por el sujeto, es decir, el sujeto enfoca todos sus actos relacionados al ilícito, hacia un objetivo, que es la realización del mismo.

En la persona.- se da debido a una errónea representación, ya que el sujeto destina su conducta ilícita hacia una persona creyendo equivocadamente que es otra.²⁵⁷

El error de derecho, no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación.

" El error esencial de hecho para tener efectos eximentes- escribe Porte Petit-, debe ser invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa. Error esencial, nos dice Vannini, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el Proceso Penal. En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, ósea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye, el aspecto negativo del elemento intelectual de dolo ".²⁵⁸

AUSENIA DE PUNIBILIDAD

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena.- son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad y culpabilidad), permanecen inalterables, solo excluye la posibilidad de punición.

Algunas especies de Excusas Absolutorias.

²⁵⁸ López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. Editorial Porrúa. México 1998. 5a edic. p 227

²⁵⁷ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Op. Cit. p 258-260

- a) Excusa en razón de mínima temibilidad.- Art. 375 del Código Penal para el Distrito Federal cuando el valor de lo robado no pase de
- b) Excusa en razón de la maternidad consciente.- Art. 333 del mismo ordenamiento, establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer....
- c) Otras Excusas por Inexigibilidad
- d) Excusas por graves consecuencias sufridas.²⁵⁹

ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE ROBO

CONDUCTA

CLASIFICACION

a) De acción:

El delito de robo se comete únicamente por acción, a la virtud de que se exige de un acto material y positivo para violar la prohibición legal, es decir, para apoderarse de la cosa ajena es necesario un actuar, un movimiento

b) Sujetos.-

1.- Activo.- En todas las modalidades del robo con excepción del art- 381 fracc. II,III,IV,V,VI,IX,XIV, del Código Penal para el Distrito Federal, el sujeto activo será cualquier persona que se apodere de una cosa ajena.

Serán sujetos activos de acuerdo con el art. 381 del citado ordenamiento, de las fracciones mencionadas respectivamente; el dependiente o doméstico, el huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen; el dueño o alguno de su familia; los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales; los obreros, artesanos, aprendices o discípulos; una o varias personas armadas, el servidor publico.

c) **Objetos.- material.-** será en todos los casos la cosa ajena robada. En torno a la propiedad de la cosa material del delito de robo, el Poder Judicial de la Federación ha manifestado:

²⁵⁸ Ibidem. p 258- 260

²⁵⁹ Ibidem. p 275

ROBO PARA SU CONFIGURACION, ES NECESARIA LA COMPROBACION DE LA PROPIEDAD DE LA COSA MATERIAL DEL DELITO. Basta con que se demuestre la ajeneidad del bien objeto del apoderamiento respecto al sujeto activo y la legitimidad de su conducta para la configuración del delito de robo; por tanto, en este caso es innecesario que el ofendido acredite en alguna forma la propiedad de dicho bien o el carácter de su tenencia, que solo tiene trascendencia para la reparación del daño. (Semanario Judicial de la Federación 8a época, tomo XII sep. 1993 4° Tribunal Col. Penal)

Jurídico.- En todos los casos es el patrimonio de las personas.

d) Lugar y tiempo de la comisión del delito.

Según la teoría de la actividad, el delito de robo se debe sancionar en donde se efectuó el robo; según la teoría del resultado, el lugar donde se realice el resultado del acto delictivo, y para la teoría de la ubicuidad, será cualquiera de los dos lugares, lo importante es que no se deje de sancionar el delito.

De acuerdo con nuestro sistema Penal, si el delito de robo se cometiera en Territorio Extranjero por un Mexicano contra mujer Mexicana o contra mujer extranjera, o por un extranjero contra mujer Mexicana, serán penados en la República Mexicana, con arreglo a las Leyes Federales, siempre que se concurren los requisitos establecidos por el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 4°.



- a) Fuerza Física.- debe ser superior e irresistible y puede presentarse cuando el agente es físicamente obligado por una persona a tomar cosa ajena, sin poder resistir dicha fuerza.
- b) Hipnotismo.- cuando una persona la coloca en estado de letargo, logrando sobre ella un control de sus actos para apoderarse de alguna cosa ajena; debemos recordar que si voluntariamente el agente se puso en este estado hipnótico, estaremos frente a una acción libre en su causa.
- c) Sonambulismo.- Puede darse el caso que el agente padezca de sonambulismo, es decir, alteración del sistema nerviosos por el cual se realizan actos en un estado de inconsciencia; y estando en esta situación se apodere de cosa ajena.

ATIPICIDAD

- A) Ausencia de calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activos. Se presentara en los casos del artículo 381 del multicitado ordenamiento fracciones II, III, IV, V, VI, IX, y XIV, al faltar la calidad en los sujetos correspondientes.
- b) Ausencia de calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos pasivos.- Se presentara en los casos del artículo 381 antes citado fracc IV, y V, cuando los sujetos pasivos no reúnan la calidad de.
- c) Si falta el objeto material o el objeto jurídico.- será causa de atipicidad si la cosa no era ajena, o no se lesionare el bien jurídico tutelado por la norma, patrimonio.
- d) Cuando se den las referencias espaciales requeridas en el tipo en los casos del art. 381.
- e) Cuando no se dan las referencias temporales del tipo.- En el caso del artículo 381 fracc. XIII, durante el transcurso del viaje, así como el artículo 368 bis, " después de la ejecución del robo ".
- f) Al no realizarse el hecho por los medios comisos específicamente señalados por la Ley, en el caso del artículo 372, con violencia, 379, sin emplear engaño ni medios violentos; 381, fracciones VIII, aprovechando las condiciones de confusión, y XV, se valga de identificaciones falsas o supuestas órdenes de alguna autoridad. Todos del ordenamiento en comento
- g) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos en el caso de los artículos 368 ter, al decir " a sabiendas "; 372, cuando la violencia sea moral, 377, al establecer " a sabiendas "; art. 379, cuando se refiere al engaño y a los medios violentos cuando sean morales; art. 381 fracción VIII, cuando expresa " condiciones de confusión " y fracción XV, cuando manifiesta " supuestas " ordenes. Del Código Penal para el Distrito Federal

CAUSAS DE JUSTIFICACION

- a) Estado de Necesidad.- es un estado de peligro presente que amenaza los intereses

protegidos por la Ley, los cuales entran en conflicto, sacrificándose el de menor valía. En el delito en estudio se presenta en el caso del art. 379, el cual no castiga a quien se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

b) Cumplimiento de un deber.- se encuentra regulado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal; puede presentarse cuando el agente encuentre a una persona herida que necesita ingerir ciertos medicamentos, por lo que toma de una farmacia dichos medicamentos sin pagarlos, por la premura en que se encuentra para ir a auxiliar a aquella persona. El agente estará actuando bajo una causa de justificación.

c) Obediencia jerárquica.- Esta causa de justificación fue eliminada del Código Penal Federal en las reformas efectuadas el 10 de Enero de 1994, no obstante, es indispensable analizarla doctrinariamente. Se presenta cuando un superior ordena a un subordinado jerárquicamente, apoderarse de cosa ajena sin el consentimiento de quien puede disponer de ella.

INCUPLABILIDAD

A) Error esencial de hecho invencible.- se puede presentar por error de licitud (eximente putativa), cuando el agente piensa que esta actuando bajo una causa de justificación.

b) No exigibilidad de otra conducta.- cuando el agente no se le puede obligar a un comportamiento contrario a la naturaleza humana, se puede presentar en el caso del artículo 379, en el que el agente roba objetos indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

c) temor fundado.- se puede presentar cuando el agente, bajo circunstancias objetivas y evidentes, esta obligado a actuar de determinada manera.

Condiciones Objetivas de Punibilidad y su Ausencia. No se presentan

PUNIBILIDAD

La punibilidad es el merecimiento de la pena. En el delito de robo se encuentran previstas en los siguientes artículos:

- Art. 368 bis.- Se sancionara con pena de tres a diez...
- Art. 368 ter.- Al que comercialice ...
- Art. 369bis.- Para establecer la cuantía ...
- Art. 370.- Cuando el valor de lo robado...
- ART 371.- Para estimar la cuantía del robo ...
- Art. 372.- Si el robo se ejecutare con violencia ...
- Art. 380.- Se aplicara de uno a seis meses ...

Todos del Código Penal para el Distrito Federal

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Robo Famélico.- Se presenta en el artículo 379, argumentando que no se castigara a quien sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una ola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales y familiares del momento.

CLASIFICACIONES

- 1.- En función de su gravedad.- tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones, según una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas. En México nuestros Códigos Penales sólo se ocupan de los delitos en general.
 - 2.- Según la forma de la conducta del agente.- por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión (como se analizó en el capítulo respectivo).
 - 3.- Por el resultado.- Según el resultado se clasifican en Formales y Materiales. Formales.- son aquellos en los que agota el tipo Penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo.
- Los delitos materiales.- son aquellos en los cuales para su integración se requiere la

producción de un resultado objetivo o material (homicidio , robo etc.)

4.- Por el daño que causan.- se dividen en delitos de lesión y delitos de peligro.- Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como homicidio, fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de acusación de un daño.

5.- Por su duración.- los delitos se dividen en instantáneos , instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.- En el primero la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento (art. 7 fracción I), el segundo es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo; En el continuado.- se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, es continuado en la conciencia y discontinuado en la ejecución. El permanente.- solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de los momentos.

6.- Por el elemento interno o culpabilidad. se dividen en Dolosos y Culposos y algunos otros agregan la preterintencionalidad (art. 8 C.P.)

7.- Delitos Simples y Complejos.- llámense simples los delitos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio; Complejos aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya función da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen .

8.- Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes.- los primeros se forman por un solo acto, mientras que los segundos constan de varios actos.

9.- Delitos Unisujetivos y Plurisubjetivos.- atendiendo a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

10.- Por la forma de su forma de persecución .- en Privados o de querrela necesaria y delitos perseguibles de oficio.

11.- Delitos comunes, Federales oficiales Militares y Políticos.

Los delitos comunes constituyen la regla general y son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las Legislaturas Locales; los Federales, se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión; Oficiales, los que comete un empleado o funcionario publico en el ejercicio de sus funciones, Los Militares Afectan la disciplina del ejercito. Los políticos se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del estado en si misma o en sus órganos o representantes.

12.- Clasificación Legal.- El Código Penal de 1931, en el libro segundo, reparte los delitos en veintitrés Títulos, a saber.

CAPÍTULO TERCERO

AGRAVANTES DEL DELITO DE ROBO GENÉRICO

3.1 CONCEPTO DE AGRAVANTE

CUESTIONES PREVIAS

Las circunstancias agravantes nos ubican en el principio general de que la medida de la sanción destinada a un obrar delictivo, deriva de la gravedad del hecho, la que se valora conforme a diversos criterios: primero tendencia del daño moral (Becaria); segundo la Spinta criminosa (Romagnosi), y tercero el deber violado (Rossi).

Siguiendo con esta idea, para saber si se llevo a cabo la conducta delictuosa, es importante tomar en cuenta las circunstancias del propio obrar y que el arbitrio judicial haga su aparición para individualizar en forma correcta la sanción destinada al infractor, porque concluir que alguien obro en el extremo de una agravante y que es merecedor de mayor penalidad, solo redundaría en perjuicio de él y en nada afecta a la sociedad.²⁶⁰

En el proyecto italiano, conocido como proyecto " Ferri de 1921 ", se señalan circunstancias reveladoras de mayor peligrosidad en el agente del delito, entre las que destacan los precedentes penales, las anormales condiciones orgánicas y psíquicas anteriores, durante y posteriores al delito que no constituye enfermedad mental, pero que indican tendencia criminal, precocidad en la comisión de un delito grave, así como el aprovechamiento de las dificultades para defenderse de una calamidad pública, el abuso de las condiciones inferiores del ofendido etc. En forma similar al proyecto Ferri, el proyecto Argentino de " Tejedor de 1866 ", observa como indicadores de mayor peligrosidad y en consecuencia de agravación de la pena, los numerosos deberes violados, la mayor audacia, coraje, malicia o fuerza corporal

²⁶⁰ Diccionario Jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. México 1987. 2ª ed. p 463

impuesta, gran perversidad, los motivos innobles, antecedentes penales, así como la preparación minuciosa del delito etc.²⁶¹

De lo anterior podemos decir que por **Agravante**:- se entiende toda circunstancia que torne mas grave alguna cosa o hecho, así, por ejemplo, las circunstancias agravantes del delito.²⁶²

Ahora bien en este orden de ideas, el robo tomara otra tonalidad "si concurren en su comisión alguna de las agravantes de la pena relacionadas con circunstancias (de lugar o personales) o medios (como son violencia), motivaciones que pueden concurrir en la comisión del robo definiendo de esta forma los tipos de robo: en simples, calificado, con violencia o de uso.

Por lo que toca al robo, nuestro Código Penal para el Distrito Federal, lo define en su artículo 367, esta definición se tomó del Código de 1871, artículo 368, que repite en su artículo 1.112 del Código de 1929, sólo que tanto el Código del 1971 como el del 1929, prestan mayor atención al robo con violencia a las personas, como lo define el primero, o al robo con violencia como lo describe el segundo, pues a el se refieren ambos ordenamientos en capítulos separados, y no en el mismo capítulo, como en el Código vigente, que lo limita a simple circunstancia agravante.

La terminología que usan nuestros Códigos, robo simple y robo con violencia, de clara ascendencia francesa, no es, sin embargo, la comúnmente aceptada en el derecho comparado, pues las distintas legislaciones suelen emplear variadas denominaciones. Los Códigos que como el nuestro han seguido el sistema francés en cuanto a la denominación, como lo hacen Austria, Bélgica, Checoslovaquia entre otros, aceptan la distinción entre robo simple y robo con violencia, otros, como el de Bulgaria se refiere en su Código a robo y bandalismo.²⁶³

Es importante mencionar que dentro de este grupo o tipos de robo, existen dos tipos Penales suigeneris que no encajan en la descripción típica del robo pero, se le equipara para efectos de la penalidad. Encontrándose éstos, previstos en las fracciones del artículo 368 del Código Penal vigente para el Distrito Federal y que a la letra establece lo siguiente:

²⁶¹ Ibidem p 464

²⁶² Diccionario Jurídico Abelardo Perrot. Editorial Buenos Aires. 1986. p 120

²⁶³ Cárdenas Raúl F. Ob. Cit. p 92

"Se equipara al robo y se castigara como tal: I.- la disposición o destrucción dolosa de una cosa propia mueble, si esta se halla por cualquier título legitimo en poder de otra persona y no medie consentimiento. II.- El aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido, ejecutado, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de el. III.- La sustracción o el aprovechamiento de hidrocarburos y sus derivados, cualquiera que sea su estado físico, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda autorizarlo, de los equipos o instalaciones de la Industria Petrolera a que se refiere la ley reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el ramo del Petróleo. (Esta última fracción fue adicionada el 13 de mayo de 1993).

Ahora bien por otro lado la conducta ejecutiva del delito de robo se concreta en el plexo de actos materiales que realiza el sujeto activo para lograr el apoderamiento de la cosa. Este comportamiento material, siempre de carácter comisivo, reviste mayor o menor complejidad, según la naturaleza de la cosa, el lugar en que esta se encuentre y las facilidades o dificultades que el agente tenga que vencer para consumir el apoderamiento. Puede el delito ser insubsistente (el ratero arrebató de un jalón el bolso de mano que la dama porta) y plurisubsistente (el ladrón fractura puertas y ventanas para introducirse en el lugar en que se encuentra el cuadro o joya de que se quiere apoderar. El delito de robo es siempre y en cualquier incidencia de su proceso ejecutivo, un delito de resultado material.²⁶⁴

Como anteriormente se hizo alusión, el delito de robo puede ser básico o fundamental si no existe circunstancia que agrave su pena o bien, complementado, circunstanciado o subordinado cualificado, si concurren algunas circunstancias, como es el medio violento, con que se realiza el delito, el lugar donde se comete, la persona que lo lleva a cabo y a quien se perpetra, la persona como el lugar en que se lleva a cabo el delito, aprovechando las condiciones de confusión producida por catástrofe o desorden público, y por último, considerando las armas que se porten.

²⁶⁴ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit p 60

Ahora bien se llama robo ordinario por exclusión al que no se ejecuta con violencia física o moral. El robo ordinario se divide en I.- robo simple o no calificado, cuya penalidad se mide en proporción al valor de lo robado y II.- robo calificado por circunstancias previstas en la ley en atención al lugar en el que se cometa el delito o ciertas cualidades personales del ladrón; su penalidad se establece aumentando de tres días a tres años a las sanciones previstas para la cuantía del valor de lo robado (artículos 370, 371 y 381 Reformados y el 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal).

ROBO SIMPLE

El robo simple esta en el apéndice de las acciones punibles y es lo grís y cotidiano de la criminalidad. Las formas simples de ejecución del delito de robo sólo por exclusión pueden determinarse, pues como en el Código se establecen penas agravadas para cuando se ejecute con violencia en las personas (art. 373), allanamiento de morada (art. 381 bis) o de lugar cerrado (art. 381 fracc. I) y quebrantamiento de fe o seguridad (art. 381 fracc II, II, IV, V, y VI), resulta por eliminación que el robo es simple únicamente cuando se ejecuta sin la concurrencia de alguno de los medios o circunstancias a que se refieren los citados artículos del Código Penal para el Distrito Federal .

Si con nuestro pensamiento precisamos las formas de ejecución que, por descarte de las calificadas, pueden dar lugar al robo simple, de inmediato advertimos que sólo los apoderamientos efectuados *con astucia, destreza o clandestinidad* integran dichas sencillas e incomplejas formas de ejecución.

La **astucia** implica la puesta en juego, directa o indirectamente, en un medio ingenioso de apoderamiento de la cosa, o séase, mañoso o sagaz. Sirvan de ejemplos, el robo de la perla rosa efectuado en Valencia por Luis Candelas y los que se efectúan con animales amaestrados o valiéndose de personas a quienes se induce en error o sin capacidad penal, (locos, menores, etc.).

La **destreza** estriba en hacer uso para lograr la remoción de la cosa de una especial habilidad o adiestramiento, bien puesta de relieve en los robos que de consumo efectúan los carteristas profesionales en trenes, metros o camiones.

La **clandestinidad** supone que el apoderamiento se realiza en secreto, ocultamente, en un instante en que el agente no es visto por nadie. Paradigma de esta clandestinidad es el robo cometido en supermercados o grandes almacenes

Estas formas ejecutivas son valga la paradójica frase, las de mayor pureza jurídico penal, pues en ellas estrictamente se dañan intereses patrimoniales, al contrario que acaece con las calificadas, en las que como veremos más adelante se lesionan otros bienes jurídicos tutelados también penalmente.²⁶⁵

El Maestro Jiménez Huerta, al mostrar su estudio sobre este delito, nos dice que el robo simple llamado también básico, genérico o fundamental; es aquel que se ejecuta dolosamente, pero sin que concurren como ya se indico circunstancias calificadas ni atenuantes.²⁶⁶ Dicho de otra manera, es el apoderamiento de cosa mueble ajena, hecho sin facultad alguna, ni conformidad del pasivo, realizado este sin violencia,

Por lo que dicho de otra forma, el robo simple será por exclusión aquel que se cometa sin que presenten en su comisión alguna circunstancia agravante, en éste tipo de robo se establece una penalidad en atención al valor intrínseco de los bienes materia del apoderamiento, incluso la ley fija castigo cuando los bienes no sean estimables en dinero o que no es posible fijarles un valor debido a su naturaleza.

Por *valor intrínseco* debemos de entender el valor que tiene una cosa por sí y no por el valor que convencionalmente se le otorgue.

La base para medir la penalidad del robo simple ausente de agravantes o calificadas, nos dice Francisco Pavón Vasconcelos, es el valor en dinero de la cosa sustraída (Grozard), siguiendo casi literalmente las doctrinas de Carrara funda clásicamente la necesidad de medir la pena en proporción al importe de las cosas robadas diciendo: "La idea de que el valor de lo robaron acrecienta la delincuencia, se presenta a nuestro espíritu con la certidumbre de una intuición instintiva. La fuerza moral del delito aumenta con la ostentación de una mayor perversidad en el agente, y también su daño material con el valor de la cosa robada, porque implica un mayor desastre en el patrimonio del ofendido. Si no se traduce el castigo en relación al precio de los objetos sustraídos, se exitaría a los ladrones a cometer los mas grandes robos,

²⁶⁵ *Ibidem* Op. Cit p.62-63

²⁶⁶ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cú. p. 58.

puesto que habían de sufrir por ellos iguales penas que por los que escasa cuantía el cambio menos utilidades".²⁶⁷

Para este autor no parece del todo equitativo el anterior pensamiento, porque la mayor parte de los robos, el ladrón, al realizar el apoderamiento ilícito, ignora, al verdadero valor de las cosas de que se apropia., y en otros resulta defraudada su codicia ante la verdadera calidad inferior de los sujetos.

ROBO CALIFICADO

Existen formas de ejecución que califican el robo, esto es, que aumentan su disvalor Penal. Dichas circunstancias como se indico con anterioridad agravan el delito debido a que cuando concurre alguna de ellas en su ejecución, contemporáneamente a la lesión del interés patrimonial que sobre la cosa tiene el ofendido, se lesionan también otros bienes jurídicos de naturaleza distinta, como lo son los de su libertad y seguridad individual. Así como ya se indico la violencia en las personas, el allanamiento de morada o de un lugar cerrado y el quebrantamiento de la fe o seguridad debidas, son las formas de ejecución que, según el sistema del Código Penal para el Distrito Federal, agravan el robo, y a ellas, separadamente nos referiremos más adelante.

Ahora bien el robo calificado constituye un tipo complementado, el cual en opinión de Raúl Cárdenas, requiere para su existencia, "Del tipo fundamental, al cual se agrega una circunstancia de las anteriormente señaladas, que sin modificar o excluir el básico, aumenta la sanción."²⁶⁸

El robo simple (obviamente su penalidad) se determina por la cuantía de lo robado, se califica o se agrava cuando se cometa acompañado de ciertas circunstancias que enumeran nuestro Código Punitivo en sus artículos 381 y 381 bis, aplicando al delincuente hasta cinco años de prisión, y o de tres días a 10 años de prisión respectivamente aplicada la sanción a las circunstancias numeradas en dichos preceptos sin poderse explicar racionalmente porque en el artículo 381 la pena agravada es de cinco años y en el 381 bis, el máximo es de 10 años pues no se nota siempre mayor gravedad en las calificativas siempre.

²⁶⁷ Pivón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. p 188.

²⁶⁸ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p 169

Como hemos venido analizando, dichas circunstancias agravan la figura básica cuando concurren estas en su ejecución, ya que además de lesionar un interés patrimonial también lesionan o ponen en peligro otros bienes jurídicos. Estas circunstancias calificativas las podemos clasificar en dos grupos: I.- Agravación por el lugar donde se efectúa el delito; II.- Agravación por cualidades personales de los que los cometan.

Estos son los dos únicos grupos de calificativas que contiene nuestro Código Penal vigente.

Otros ordenamientos, como los Códigos Francés y Español y los derogados Códigos Mexicanos de 1871 y 1929, admiten, además, como fuente de agravación circunstancias derivadas del tiempo en que se comete el delito, como la noche, *furtum nocturnum*, o de situaciones de conmoción o calamidad *furtum calamitosum*; o derivadas de los medios de ejecución empleados, tales como fractura horadación, escalamiento, uso de ganzuas o llaves falsas. Ser los ladrones dos o más, el empleo de armas, simulación de autoridad etc. (artículo 395 del Código Penal de 1871)

Por otro lado cabe mencionar que en su tarea de disminución del casuismo la Legislación vigente suprimió de la lista de circunstancias calificadas, sin embargo, es indudable que los Jueces, dentro de las normas de los artículos 51 y 52, del Código Penal para el Distrito Federal, deberán tomarlas en cuenta para la mediación de las penas conforme al arbitrio Judicial.²⁶⁹

II. ROBOS CALIFICADOS POR CIRCUNSTANCIAS DEL LUGAR

Si para apoderarse el ladrón de la cosa que es objeto material del delito de robo irrumpe en el domicilio o en la cerrada heredad ajena, su conducta adquiere desde el punto de vista de la desvalorización penal una plural significación, pues contemporáneamente lesiona el patrimonio de la persona ofendida y el bien jurídico de su libertad individual, en cuanto al domicilio y la heredad cerrada materializan la íntima personalidad del hombre: en ellos halla reposo en su trabajo, descanso en sus fatigas, paz en sus tormentos, refugio en sus luchas, consuelo en sus aficciones, protección para sus secretos y resguardo y seguridad para sus pertenencias. De ahí que el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 381 bis

²⁶⁹ Pavón Vasconcelos Francisco, Comentarios de Derecho Penal Robo, Editorial, Porrúa, México 1989. 6ª ed. p. 192.

establezca una agravación para el que robe en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o robe en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación . . ."; y de que la fracción i del artículo 381 estatuya también un aumento de la pena para cuando se cometa el delito en un lugar cerrado.²⁷⁰

No es, pues, como pudiera entender cualquier superficial comentarista, el lugar del robo, la "ratio" de la agravación en examen, sino la diversa lesión inferida al bien jurídico de la libertad individual por el ladrón, al allanar, para la comisión del robo, el domicilio o la heredad cerrada ajena. Y aunque es exacto que de la redacción de la fracción I del artículo 381 y del párrafo primero del artículo 381 bis pudiera parecer que la agravación opera por la sola "ratio" del lugar de ejecución. El equivocó que pudiera surgir de la letra de la ley, pliega sus alas ante la interpretación teleológica de la misma, cuenta habida de que ningún fundamento racional existe para que el simple lugar fáctico de la comisión del robo, desprovisto de toda consideración normativa, pueda por sí solo servir de base a este "plus" des-valorativo, lo que adquiere relieve y contorno en la valorización penalística es la lesión inferida al bien jurídico de la inviolabilidad del domicilio o de la heredad cerrada, por el hecho de irrumpir el ladrón en el interior de la morada o heredad ajena para perpetrar el robo, máxime si se tiene en cuenta que en estos robos, es un "prius" crono-ontológico, el que el ladrón irrumpa al interior del lugar cerrado o del asilo inviolable que implica la morada²⁷¹

En términos de generalidad y del Derecho Penal, siempre se a concedido gran importancia al lugar en que se efectúa el delito de robo cuando el sitio influye en la intensidad o en la malevolencia de la acción ejecutada por el delincuente, así el Derecho Romano consideraba como hurto especial el realizado en los templos o en los bienes de los dioses (sacrilegium), y como hurto cualificado o extraordinario el cometido en los balnearios u otros lugares públicos, así como el realizado en los domicilios por medio de la fractura de muros.

En el mismo orden de ideas el Derecho Francés cualifica los robos en razón del lugar como los cometidos en casas habitadas o sus dependencias, parques u otros lugares de acceso prohibido, Iglesias y caminos públicos a su vez el Derecho Español también atiende al lugar en que se comete el robo, estableciendo penalidad especial para los realizados en casa habitada, albergue, edificios públicos o destinados al culto religioso.²⁷² Nuestros anteriores Códigos seguían un sistema de cualificación muy semejante al del Código Francés de 1810.

²⁷⁰ Jiménez Huerta Mariano, Ob. Cit. p 69-70

²⁷¹ Ibidem. p 70

Dentro del vigente sistema Legislativo, como circunstancia de cualifican el robo consistentes estas, en el lugar donde se comete, podemos distinguir los siguientes casos: A) Robo en lugar cerrado; B) Robo en edificio, vivienda, aposento, o cuarto que estén habitados o destinados para habitación; C) Robo de vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado en su guarda o reparación; D) Abigeato en campo abierto o paraje solitario. A continuación analizaremos cada una por separado

1.- Lugar Cerrado.

Los Códigos de 1871 y de 1929 atendiendo al lugar en que se cometa el robo, establecían reglas especiales de agravación para tres circunstancias diferentes: edificios habitados, edificios o piezas no habitados ni destinados para habitarse y lugar cerrado. Dentro de este sistema, se limitaba el concepto de parque o lugar cerrado a todo terreno que no tiene comunicación con un edificio ni está dentro del recinto de éste, y que para impedir la entrada se halla rodeado de fosos, de enrejados, tapias o cercas, aunque éstas sean de piedra suelta, de madera, arbustos, magueyes, órganos, espinos, ramas secas o de cualquier otra materia (segunda parte del artículo 386 del Código de 1971). El Código vigente suprimió la mención especial de los edificios o cuartos no habitados ni destinados a habitación, porque gramaticalmente son lugares cerrados, y omitió también dar una definición ficticia de éstos, para abandonar su concepto al significado gramatical de la frase.²⁷³

La Ley Penal al igual que otras Legislaciones, no define lo que debe de entenderse por lugar cerrado dejando por tal motivo a la Jurisprudencia crear su concepto, de ahí que algunos de nuestros Tribunales, ante la ausencia de una definición legal de lugar cerrado, han afirmado que dentro del concepto no pueden comprenderse las edificaciones sino solo los terrenos circuncidados en cualquier forma:

"Robo en lugar cerrado, si la ley penal respectiva no define lo que es un lugar cerrado, debe recurrirse al significado gramatical del vocablo o a los precedentes Legislativos que definen esa agravante, y la Corte a estimado que solo debe entenderse por lugar cerrado el que no tenga comunicación con un edificio, ni este dentro del recinto de este y que para impedir la entrada, haya sido rodeado por enrejados,

²⁷³ González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1997. 29ª ed. Op. Cit. p 194

fosos o cercas aún cuando sean de pidiere suelta,
plantas espinosas, ramas secas, o de cualquier otra
materia"²⁷⁴

Por lugar cerrado (gramaticalmente) debemos de entender, el sitio cuya entrada se encuentre cubierta, en el cual el público no tenga libre paso y acceso.; por lo que debe alianarse el lugar o como menciona acertadamente Jiménez Huerta, que el lugar cerrado tiene que tener " presente inequívocos signos, comprensibles para el común de las gentes, de que no se trata de un paraje abierto al libre paso " ²⁷⁵

Ahora bien el Maestro González de la Vega nos dice que al no contener en el Código vigente una definición jurídica de " lugar cerrado ", el alcance de esta locución debe establecerse como ya se indico anteriormente, su definición en base a sus significados vulgar y gramatical. Lugar, de locus, sitio y cerrado lo que se encuentra interceptado en su entrada o salida, entendiéndolo como cualquier sitio o localidad cuya entrada o salida se encuentra interceptadas.²⁷⁶

El artículo 381 nos dice: Además de la pena que le corresponda, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicara al delincuente hasta 5 años de prisión en los casos siguientes:
I.- Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado.

2) Lugar. (edificios, aposentos o cuartos) habitados o destinados para la habitación (artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal) .

El Legislador casuísticamente menciona como lugares habitados o destinados para ello, a los edificios, viviendas, aposentos o cuartos, por los cuales debemos entender aquellos lugares que se " destinen para servir de morada " a una o varias personas que en ellas establezcan su domicilio, aún en el caso de que en tratándose del delito de robo no se encuentren sus moradores

González de la Vega, al respecto indica que " basta la circunstancia de hecho de que sirvan de morada a las personas para que merezca protección legal."²⁷⁷

²⁷⁴ Jurisprudencia definida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5ª época. Tomo II, parte HO tesis N° 998 p 625

²⁷⁵ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. Op. Cit p 68

²⁷⁶ González de la Vega. Ob. Cit. p 195

²⁷⁷ *Ibidem.* P. 195.

Así que para la configuración de la presente calificativa, es necesario que el ladrón debe haberse introducido ilícitamente (allanando el lugar). Es imperioso aclarar, que no pueden concurrir el allanamiento de morada y el robo a casa habitación. Ya que el primero es la circunstancia (lugar) necesaria para la configuración del segundo.

3) En un Vehículo particular o de Transporte Público.

En la edición anterior, se decía que la reforma que creó el artículo 381 bis, era infortunada en su alcance, al sancionar que " al que se apodere de un vehículo estacionado en la vía pública y no ocupado por alguna persona ", porque indudablemente era más grave, porque el peligro que entrañaban los robos de vehículos ocupados por personas, podían favorecer la comisión de otros delitos, que cuando se usaba la fuerza o intimidación a las personas entonces el delito se transforma en robo con violencia. Atento a lo anterior, se adicionó el artículo 381 bis para quedar como sigue: "... al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado para su guarda o reparación, pues se observó que el robo del vehículo podía realizarse aún cuando se encontrare éste en lugares distintos de la vía pública, como estacionamientos privados, garages, talleres, etc.

En la misma forma, las actuales circunstancias de la vida, plantearon la convivencia de introducir otras calificativas para agravar la pena aplicable al robo cuando éste se comete en vehículos, en condiciones de confusión producida por una catástrofe o desorden público; por una o más personas armadas o que llevan instrumentos peligrosos, o en contra de oficinas bancarias, recaudadoras u otras en que se conserven caudales, o en perjuicio de las personas que custodien o transporten los caudales, adicionando el artículo 381 con las fracciones: VII, Transporte Público; VII Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzca por catástrofe o desorden público; IX. Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos y X. Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudadora u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquellos, respondiendo en esta forma a las nuevas modalidades de la delincuencia y no contempladas a plenitud.²⁷⁸

La agravante del tipo en estudio, estatuida por la fracción VII del artículo 381 del Código Penal, en que la ratio del aumento de la penalidad, cuando el robo se comete estando la víctima en un vehículo de transporte público, estriba en la facilidad que para su comisión brindan las aglomeraciones existentes en ellos y los empujones, jalones durante el viaje en dicho medio de

²⁷⁸ González de la Vega. Ob. Cit. p 196.

transporte (*verbi gratia*: colectivos y metro); y respecto al robo cuando se comete el robo estando el pasivo en un vehículo particular²⁷⁹, nos demuestra una mayor peligrosidad del agente que despoja a una persona de algún objeto de su peculio estando este último en su vehículo, lo anterior con independencia de que se haga uso de la violencia, incluso dando lugar a la acumulación. Jiménez Huerta, considera que no existe ratio para la agravación de la pena en el robo cometido en esta circunstancia.

Con rubro similar encontramos la calificativa que prevé el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal, que tipifica el robo de vehículo estacionado " en la vía pública ", o en lugar destinado para su guarda o reparación, esta calificativa requiere que el vehículo no éste ocupado por persona alguna (ya que de lo contrario se presentaría la calificativa prevista por la fracción VII del artículo 381 del C.P.); Cárdenas Raúl al analizar ésta agravante menciona " que hubiera sido más eficaz si no se hubiera limitado al apoderamiento del vehículo, sino a partes del mismo ".

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, precisa que vehículo es el artefacto para transportar personas o cosas de una parte a otra. Dentro de este concepto se comprenden bicicletas, motocicletas, automóviles, camionetas, etc., pero actualmente nuestro máximo Tribunal, considera como vehículos para los efectos de esta agravante a los vehículos automotores debido a su gran valor económico.

En la actualidad con lo previsto por el artículo 377 fracc. I, se sanciona el desmantelamiento de vehículo para su venta posterior, así como todas las fracciones del numeral mencionado, siendo la intención del Legislador regular todo lo relativo al robo de automóviles (aunque hasta el momento haya grandes deficiencias al respecto).

La ratio de esta calificativa, se funda en la importancia económica que tienen los vehículos en la vida moderna y la peligrosidad y la mayor organización de quienes se dedican a robarlos. Aunque Jiménez Huerta supone que la ratio, se funda en la ficta doctrina privatista que considera a los vehículos particulares como una prolongación del domicilio o de la casa la

²⁷⁹ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. Cfr. Op. Cit. p 73

cual rechaza el citado, tomando así en consideración las circunstancias de la vida actual, en la que este tipo de apoderamiento ha tenido gran aumento.²⁸⁰

4) En campo abierto o paraje solitario se apodere de una o más cabezas de ganado. Según prevé el artículo 381 bis, este es considerado por nuestra legislación como una calificativa y no como un delito autónomo (abigeato).

El Código Penal de 1931, en su redacción original, no mencionaba como calificativa, los casos de robo cometidos en despoblado o en parajes solitarios, debiendo recordarse, sin embargo, que en el artículo 286 se tipifica un delito especial: " Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentamiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años de prisión ".

La reforma de 1954 adicionada por decreto del 16 de Noviembre de 1966 (Diario Oficial del 20 de Enero de 1967), que se refiere al abigeato, sancionó calificadamente : " al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto por los artículo 370 y 371 del Código Penal para el Distrito Federal, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo.

Por otro lado y con lo que respecta a la integración del lugar " en campo abierto o paraje solitario " Jiménez Huerta entiende por el primero "el terreno extenso fuera de poblado", y por paraje solitario, "el lugar, sitio o estancia desamparado o desierto".²⁸¹

Para el citado, la agravación de la pena imponible es excesiva, en virtud de no llevar insito peligro para la vida, integridad corporal o libertad que acompañan a los otros tipos de robo.

²⁸⁰ González de la Vega. Ob. Cit. p 201

²⁸¹ Cárdenas Raúl. Ob. Cit Op. Cit. p 202

Otra agravante referente a la circunstancia de lugar respecto al robo, la encontramos cuando este se cometa en contra de una oficina bancaria o recaudadora de impuesto u otra en que se conserven caudales, según prevé la fracción X del artículo 381 del Código Penal para el Distrito Federal, el aumento de la punición la encontramos en la gran peligrosidad del activo de este ilícito; en la que hallamos incita en el medio, es decir, violencia física y/o moral.

Dentro de esta clasificación podemos incluir los contenidos en las fracciones XII y XIII del artículo 381 del mismo ordenamiento, las cuales agravan la comisión del robo cuando se cometan sobre embarcaciones o cosas que se encuentren en ellas; sobre el equipaje o valores de viajero en cualquier lugar durante el transcurso del viaje respectivamente, de los cuales no realizaremos mayor mención en virtud de lo limitado del presente trabajo.

EL ROBOS CALIFICADOS POR CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

Si el delincuente que aspira a enriquecerse con las cosas ajenas, hace violencia sobre la persona del propietario para alcanzar su péfido fin, realiza un ilícito que, aun cuando no cause daño efectivo a la persona ofendida, presenta siempre caracteres de extrema gravedad. En estos casos se lesionan dos e incluso tres derechos, pues el agresor además de atacar el de propiedad, lesiona también, por el medio que emplea, el derecho de libertad individual, y algunas veces hasta el de la integridad de las personas. Por otra parte dichas conductas ofenden intesísimamente los ideales valorativos de la colectividad, pues el hecho de que se recurra a la violencia o a la amenaza como medio para desapoderar a las personas de su bienes patrimoniales, engendran una profunda alarma. Y congruentemente con estos fundamentos, el artículo 372 del Código Penal para el Distrito Federal estatuye que se agrava el robo " si . . . se ejecutare con violencia "; y el párrafo primero del artículo 373 especifica que esta violencia ha de ser " a las personas ". En otros Códigos Penales, como el Alemán y el Italiano, el uso de la violencia configura un complejo delito denominado atraco o rapaña.²⁸²

Tanto la violencia como el uso de la fuerza física como el de la fuerza moral, pues igual es que el propietario haya sido afectado, encerrado en una habitación, golpeado o atado con lazos para que no impida el robo, como que con el mismo fin se le haya puesto una pistola al pecho o de otra manera se le haya intimidado y congruentemente con este recto pensamiento la violencia en las personas por eso se distingue en física y moral.²⁸³

²⁸¹ Cárdenas Raúl. Ob. Cit. Op. Cit. p 202

²⁸² Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p 64

²⁸³ Ibidem. p 64-65

La calificativa en razón de la persona que la comete, además de agravar la pena, lo convierte en delito propio; es decir, en un tipo que solo puede ser consumado por quien tenga esa calidad descrita en la ley.

A groso modo expondremos que, el robo que se agravará por quebrantamiento de la fe o seguridad, esto es, el perpetrado en ocasión de quebrantar la fe y confianza socialmente existentes entre el sujeto activo y pasivo, en virtud de determinados vínculos laborales o de hospitalidad que presuponen una tácita seguridad o fe que atempera la eficiencia de la defensa privada, es decir, cuando sea realizado (describe casuísticamente nuestro anacrónico Código Punitivo), por trabajadores (dependientes o domésticos, obreros, artesanos, aprendices y discípulos); por ciertos dueños (o sus familiares contra dependientes o domésticos, etc.) y cometidos por huéspedes o comensales²⁸⁴, previstos en las fracciones II a IV del artículo 381 del Código Penal para el Distrito Federal. Las anteriores fracciones enumeran limitativamente algunas posibilidades de las cuales procede un aumento de las penas prefijadas para la cuantía del robo simple; es por supuesto criticable, que el aumento de las penas solo se aplique en casos de robo simple y no de los violentos.

Por otra parte resume el Maestro Mariano Jiménez Huerta que de esta fatigosa descripción, que lo motiva la agravación en examen, es el quebrantamiento de la fe o seguridad que la ley presume existente entre los sujetos activo y pasivo, y en verdad, la ley hubiese podido ahorrarse tan cansiva y casuística descripción, nos dice, y en vez de la misma haber hecho sencilla referencia ala "ratio" que motiva estas agravaciones, con sólo afirmar que el robo se agrava " cuando se cometa quebrantando la fe o seguridad socialmente existente entre el sujeto activo y su víctima, en virtud de los vínculos de trabajo, hospitalidad, servicio o enseñanza habidos entre ellos"²⁸⁵, opinión que compartimos con este Jurista.

Ahora bien por lo que respecta a las fracciones II, IV y VI hace relación concreta a los vínculos de trabajo.

Fundamentalmente la pena, de estas hipótesis, es la " Violación de la Confianza ", derivada de las relaciones de trabajo o servicios existentes entre el autor y el pasivo, o en la violación de la seguridad depositada por el pasivo en el activo que realiza el apoderamiento como se analizo anteriormente, en virtud de relaciones de hospitalidad, hospedaje o enseñanza, estas calificativas son presunciones iuris et de iuris, que no admiten prueba en contrario²⁸⁶.

²⁸⁴ González de la Vega. Ob. Cit. Cfr. Op. Cit. p 198

²⁸⁵ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. Cfr. Op. Cit. P 74

²⁸⁶ Idem p 74

Aunque Raúl Cárdenas opina, que se deben suprimir estas calificativas, pues los vínculos de trabajo, hospedaje, no aseguran fe, seguridad, confianza y gratitud, como lo consideran algunos autores.

Hay una peculiaridad común a los robos cometidos con las características precedentes: en todos ellos se establece el supuesto de que el actor, aparte del atentado contra el patrimonio, ha faltado a la confianza que en virtud de sus vínculos personales se le ha dispensado; o dicho en otros términos el aumento de la sanción para los robos cualificados por condiciones individuales del autor. Además la agravación se explica porque es menester proteger legalmente con mayor eficacia aquellos bienes que están expuestos a un más fácil atentado.

Las anteriores consideraciones no siempre resultan equitativas por que en muchas ocasiones el libre acceso del infractor a la cosa robada y el acopio de oportunidades para efectuar el robo, debilitan su resistencia psicológica y le hacen sucumbir a la tentación de ejecutarlo.

Dentro de este grupo de circunstancias podemos incluir al robo cometido por persona armada (una o varias) o que utilicen o porten objetos peligrosos según precisa la fracción IX del artículo 381 del Código en comentario; con la inclusión de esta fracción de dramatismo gramatical²⁸⁷, nuevamente el Legislador cae- para no variar- opina Jiménez Huerta, en un error por falta de técnica Jurídica; pues la comisión del robo por " una o varias personas armadas constituye una repetición de lo dispuesto por los numerales 372 y 373 del Código Punitivo, que ciertamente se refiere a la violencia.

Es de vital importancia el remarcar, que esta agravante tiene elementos equivalentes (así que varias personas es análogo a por dos o más sujetos; persona armada o por medio de la violencia), a los contenidos por el Tipo Penal previsto en la última parte del artículo 371 del multicitado Código; y solo que en este último no considera el monto de lo robado.

Así el uso de armas u objetos peligrosos en el robo (aunque para el Doctor Carrancá y Rivas, todo objeto puede ser peligroso según las circunstancias y condiciones) implica, la aparición de la violencia (física o moral) , sin que fuera necesario incurrir esta agravante en la fracción en comento, según precisa el maestro Jiménez Huerta²⁸⁸.

²⁸⁷ Jiménez Huerta, Op. Cit., p 79.

Aunque la ratio legis de esta agravante, fue el poner de alguna manera un tope al notorio aumento en el uso de armas en la comisión del robo.

ROBO CON VIOLENCIA

Se desprende por el momento de nuestros textos legales, que dentro del concepto gramatical de la frase "robos con violencia" como hemos citado en reiteradas ocasiones, debe comprenderse tanto los realizados con intimidación amenazante o fuerza física en las personas, como los cometidos empleando fuerza en las cosas. Se han emitido diversas opiniones relativas al alcance del concepto de violencia, que además de las anteriores se comprende también la establecida en nuestro Código Penal para el Distrito Federal que en el artículo 372 nos define la violencia física y moral, como más adelante se analizara.

Por lo que el robo con empleo de la violencia, llamado por algunas Legislaciones como " rapiña ", reviste un carácter tan grave por el peligro que acarrea a las víctimas, que la mayor parte de las Legislaciones hacen de él especial incriminación. Así, en Roma el hurto violento se consideraba como un especial delito público de coacción. El Código Francés trasforma el robo de delito, a crimen cuando lo preside la violencia, mereciendo incluso pena de trabajos forzados perpetuos si se causan heridas o contusiones, y pena de muerte en caso de homicidio. En España, el hurto se trasforma en robo (infracción más grave) cuando el apoderamiento se efectúa con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas; en ciertos casos extremos la penalidad será de muerte. El Código Italiano distingue entre el hurto sin violencia y con violencia a las personas, colocando dentro de éste a la rapiña, la grassazione o salteamiento, y la extorsión.²⁸⁹

La Violencia Física o Moral trasforma al robo en una especial figura compleja en que concurren; el atentado contra el patrimonio, improbidad, característico de todo latrocinio, y el ataque directo a la persona de la víctima, sea disminuyendo su seguridad o libertas individual (por la amenaza o el constreñimiento) , o sea ofendiendo su integridad bio- fisiológica (por causarle lesiones u homicidio). Además, la temeraria acción de rapiña produce intensa alarma pública como indicio de inseguridad colectiva.²⁹⁰

²⁸⁸ Ibidem. p 79

²⁸⁹ González de la Vega. Ob. Cit. p 205

²⁹⁰ Ibidem. p 206

La especial complejidad del robo violento, en que se reúnen diversos tipos graves atentados jurídicos, nos lleva a considerarlo más que como un delito calificado, como un tipo especialmente destacado con lineamientos propios en que se yuxtaponen, para integrar la nueva figura, diversas infracciones formales.

Con respecto a éste tópico Jiménez Huerta expone que " La violencia resulta un requisito adicional al tipo básico que lo complementa y lo califica. Eliminada la fuerza en las cosas, únicamente la violencia física o moral causa agravación de la penalidad en función del medio empleado por el autor del delito "²⁹¹.

El Legislador con un afán de disminuir el casuismo imperante en nuestro Código Penal, creó la figura del robo violento, para solucionar de alguna manera la complejidad de los robos en que concurren el atentado patrimonial y el atentado contra la libertad, seguridad o integridad física de las personas. ²⁹²

" Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y le priva del libre ejercicio de sus movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de la voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física. Concluyendo, en virtud de ésta, los ladrones arrebatan las cosas contra la voluntad y resistencia de su dueño; en virtud de aquella otra, las substraen, obligándolo por la coacción moral a entregárselas, o a no resistir el que ellos por sí mismos la tomen " ²⁹³

Ya Carrara advertía que si " el delincuente que aspira a enriquecerse con las cosas ajenas, hace violencia sobre la persona del propietario para alcanzar su péfido fin ... lesiona los derechos ... de propiedad ... , de libertad individual y algunas veces el de la integridad de las personas ". Carrara distingue la violencia física de la moral como previamente se ha indicado.

Nuestra Legislación vigente, en su artículo 372 del cuerpo en comento, considera a la violencia como una circunstancia que cualifica al robo, de la siguiente forma:

²⁹¹ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. Op. Cit. p 62

²⁹² Ibidem. Op. Cit. p 61

²⁹³ González de la Vega. Ob. Cit. p 208

" Art. 372 del C. P. Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicaran las reglas de la acumulación. "

En Legislaciones extranjeras y en Códigos punitivos anteriores, la violencia modifica el núcleo del delito, convirtiéndolo en un tipo especial (Autónomo).

Se han emitido diversas opiniones relativas al alcance del concepto de violencia. Para algunos, la violencia comprende, además de la vertida en las personas, la fuerza que el ladrón ejerce en las cosas para facilitar su tarea criminosa, fundan se aserto en que el artículo en que el artículo 372 emplea la palabra violencia sin distinciones, en su sentido genérico gramatical. Otros, por el contrario, afirman que la figura se limita a los robos con violencia en las personas, puesto que el siguiente artículo 373 se refiere expresamente a ésta, definiéndola en sus aspectos físico y moral.²⁹⁴

Por lo que con base a lo anterior, el Maestro González de la Vega se inclina por esta última opinión vertida, ya que dentro de nuestra tradición jurídica representada por las Codificaciones de 1871 y 1929, el delito de robo con violencia, como figura especial, se reducía a los efectuados con las circunstancias de fuerza física o intimidación moral en la persona de los pacientes, dentro de estos sistemas legales, las circunstancias de fuerza en las cosas (fractura, horadación, escalamiento, uso de llaves falsas, ganzúas, etc.) eran objeto de reglas especiales distintas a las de violencia y constitufan más bien calificativas derivadas de la gravedad de los medios de ejecución empleados. El vigente Código Penal para el Distrito Federal, en su afán de disminuir el casuismo, suprimió esta especie de calificativas, abandonando de hecho su estimación al buen arbitrio del juzgador dentro del marco del robo ordinario.²⁹⁵

Por su parte nuestro máximo Tribunal Contradicción de tesis 5/94. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo, establece que el robo con violencia es un tipo especial cualificado al sostener que:

²⁹⁴ González de la Vega. Ob. Cit p 207.

²⁹⁵ Ibidem p 207

* **ROBO CON VIOLENCIA.** . . El Código Penal del Estado de México prevé el delito de robo en el artículo 295, y su penalidad de acuerdo al monto de lo robado en el 298. Al aplicar la clasificación doctrinal del delito en orden al tipo, ese ilícito encuadra en los denominados fundamentales o básicos, caracterizándose porque de ellos se desprenden otras figuras al agregarles nuevos elementos, como acontece con los tipos especiales, que surgen como figuras autónomas con su propia penalidad, ya sea agravada o atenuada en relación al fundamental, lo que les subdivide en cualificados o privilegiados. Corresponden a esta clasificación las hipótesis previstas en el artículo 300 de la ley citada, en la que al delito de robo se añade la circunstancia de que sea perpetrado con violencia; y el segundo párrafo del dispositivo 301 del mismo ordenamiento, que también toma en cuenta ese medio comisivo, cuando el robo se perpetra en casa habitación, aposento, o cualquier dependencia de ella, para fijar penas severas en ambos casos, ya que para el legislador estatal constituye una conducta de enorme gravedad la utilización de ese medio. Los tipos conocidos en la doctrina como complementados, circunstanciados o subordinados, que pueden ser cualificados o privilegiados según aumenten o disminuyan la pena del básico, se integran cuando a la figura fundamental se le adicionan otros elementos, sin que se forme un nuevo tipo autónomo, sino que subsiste el fundamental. Una nota de distinción de estos tipos, consiste en que el legislador precisa las hipótesis en las que a la pena correspondiente a un delito se le puede aumentar otra. A este grupo pertenecen las previsiones de los artículos 301, primer párrafo, 302 y 308 de la ley analizada, ya que en el primero se menciona la pena que puede agregarse al robo cuando se comete en una casa habitación, aposento, o cualquier dependencia de ella. En el artículo 302, primer párrafo, a la pena del robo se le agrega otra sanción, cuando para perpetrarlo se aprovecha la falta de vigilancia o la confusión ocasionados por un siniestro o desorden de cualquier tipo; pero si además, de conformidad con el segundo párrafo, es cometido por elementos pertenecientes a una corporación de auxilio, socorro u organismos similares, se decreta una pena adicional; esto es, que se trata de un tipo complementado doblemente calificado. El precepto 308 del

ordenamiento en cita, prevé la pena agravada para el robo simple, de actualizarse cualquiera de las circunstancias a que se refieren sus diversas fracciones. Asimismo, en el Código Penal Federal, el robo calificado con violencia (artículo 367 en relación al 372), es un tipo complementado cualificado, de tal manera que a la sanción del robo, se suma la de la calificativa; a diferencia de la regulación para esta hipótesis en el Código Penal del Estado de México, en el que únicamente debe imponerse la pena específica prevista para el robo con violencia, por tratarse de un tipo especial cualificado.²⁹⁶

3.2) CLASIFICACIÓN DE AGRAVANTES

Por lo que vemos que la misma Ley se encarga de precisar que la violencia en el robo, únicamente puede ser aplicada en las personas y definiendo los tipos de violencia (física o moral),de la siguiente forma:

* Art. 373.- La Violencia a las Personas se distingue en Física y Moral.

Se entiende por VIOLENCIA FISICA, en el robo; la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Se entiende por VIOLENCIA MORAL, cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo *.

La exacta aplicación del numeral en comento nos lleva a la conclusión que la agravación de la pena en el robo, cuando éste se comete con violencia, es limitativa a las

personas y no a las cosas, por disposición expresa de la ley, por lo que no se considera como robo con violencia la utilización de la fuerza en las cosas.

González de la Vega (al igual que muchos otros autores nacionales) considera que no se puede negar la importancia a los robos con fuerza en las cosas, y que el Legislador no incluyó la violencia en las cosas, en la comisión del robo con violencia, porque esta fuerza en los objetos produce una destrucción parcial o total de ella, así que basta acumular al robo el daño en propiedad ajena, según establecen las reglas generales.²⁹⁷

Tres son los momentos, en que puede efectuarse la violencia para la ejecución del robo, a saber son:

- a) Antes del apoderamiento, como medio preparatorio para facilitar el robo;
- b) En el preciso instante del robo, cuando el activo arranca los bienes a su víctima; y
- c) Con posterioridad a la desposesión, cuando el ladrón ejercita la violencia después de consumado el robo, para proporcionarse a la fuga o defender lo robado.

" El último, es mencionado en la fracción II del artículo 372, porque ambas constituyen medios más o menos inmediatos de ejecutar el latrocinio ".

Se tendrá también al robo como realizado con violencia, " cuando esta se haga a una persona distinta de la robada que se hallen en compañía de ella " . . . (fracción I artículo 374 del Código Penal).

La Violencia Física o Moral, que se ejerce sobre las personas se configura, ya se trate directamente sobre el pasivo del robo o de terceros en el momento de su comisión.

²⁹⁷ González de la Vega. Ob. Cit p 208

Tanto la Violencia Física como la moral deben ser concomitantes con el apoderamiento y no independientes de él para que se configure la calificativa. Estas calificativas perjudican a todos los coparticipes del injusto según precisa el numeral 54 del Código en comento.

3.3) VIOLENCIA FÍSICA

Se entiende por violencia física, reza el párrafo 2° del artículo 373 del Código represivo, anteriormente citado, la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Al respecto opina González de la Vega diciendo; " Esta forma implica tal impetu en la acción del delincuente que obliga a la víctima, contra su voluntad, a dejarse robar por medios que no puede evadir ".²⁹⁸

La violencia física que comprende tanto la vis absoluta como la vis compulsiva, esta última cuando consiste en el empleo de la violencia o en la amenaza de empleo inmediato de violencia, en esta el sujeto queda a merced del autor de la fuerza, actúa mecánicamente, no es más que, como dice Maurach, " el brazo prolongado del sujeto activo de la fuerza ". Realiza la conducta externa a que se ve forzado por éste, su acción no es conducta conducida por la voluntad. Para actuar de modo distinto al sentido de la presión no le queda ni el recurso al acto heroico, que siempre cabe en los supuestos de fuerza moral. La incidencia la tiene la fuerza física en el campo de la acción.²⁹⁹

Al respecto el Maestro González de la Vega al citar al comentarista Español Groizard, menciona que este autor al citar la Legislación Mexicana, manifiesta que la violencia en su sentido Jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar.³⁰⁰ La violencia es pues, el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea. En este sentido el Código Belga, a semejanza del Mexicano, ha dicho que " la Ley entiende por violencia los actos de fuerza física ejercidos en las personas " (Art. 483 del Código Penal Belga).

Al respecto nuestro máximo Tribunal ha sustentado en contradicción de tesis que:

²⁹⁸ Ibidem . Op. Cit. p 208

²⁹⁹ Sainz Centeno José A. Ob. Cit. p 521

" ROBO CON VIOLENCIA FÍSICA. SÓLO SE CONFIGURA LA CALIFICATIVA CUANDO SE EJERCE SOBRE LAS PERSONAS Y NO SOBRE LAS COSAS (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Del concepto vertido por el legislador en la norma, en el sentido de que se entiende por violencia física en el robo, como calificativa de éste, la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona, se obtiene de manera inequívoca que dicha violencia es la que, al ejercerse en el sujeto pasivo, logra el aniquilamiento de su voluntad y, por tanto, integra la calificativa en cuestión; no así la fuerza física empleada para el apoderamiento que se ejerza sobre las cosas, la que, en su caso, de no constituir circunstancias inherentes a los medios de ejecución empleados para la realización de este ilícito y de configurar otro delito, motivará la aplicación de las reglas del concurso."³⁰¹

La violencia física en las personas pueden consistir: en simples maniobras coactivas, como amordazamientos, atadura o sujeción de la víctima; o de la comisión de especiales infracciones, como golpes u otras violencias físicas (art. 344), disparo de armas de fuego u otros ataques peligrosos (art. 306), asalto (art. 286), plagio o secuestro (art. 366 reformado por decreto del 13 de Mayo de 1996), lesiones (art. 288) u homicidio (art. 302). Las evidencias físicas pueden recaer a terceros para obligar a otro a dejarse robar; pero, además, este robo resulta cometido también con violencia moral por la intimidación que produce en el robado.

En este orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que:

" GOLPES, ELEMENTOS DEL DELITO DE. (CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA). Por lo que se refiere al delito de golpes, de la interpretación de la fracción I del artículo 360 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, se puede concluir válidamente que los elementos que constituyen el tipo delictivo de que se trata, son los siguientes: a) El golpe, no debiendo entenderse sólo la violencia conducente, sino cualquier

³⁰⁰ González de la Vega Ob. Cit. p 208

³⁰¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª época. Instancia: Primera Sala. Tomo: VII, Abril de 1998. Tesis: 1a./J. 1698. Página: 170

acción material realizada por medio de la fuerza física sobre la persona de otro; las hipótesis legales de la acción de golpear son:

1. Una bofetada, un puñetazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara, realizado públicamente y fuera de riña; 2. Los azotes; y,
3. Cualquier otro golpe simple; b) El animus injuriandi, que no es otra cosa que el ánimo de causar vilipendio a otro, sea en su reputación (concepto que a los demás merece una persona) o sea, en su personal sentimiento de propia dignidad; y, c) Como elemento negativo se requiere que el acto no cause lesión alguna, ya que la menor alteración en la salud, el menor daño que deje huella material en el cuerpo humano, borrarla la figura de golpes, pues si se causare lesión ya no se tipificará aquel ilícito.³⁰²

Por lo que tal fuerza nulifica o disminuye la oposición del pasivo para impedir el apoderamiento ilícito; por lo que esta fuerza hace posible al ladrón hacerse de la cosa, en tanto que imposibilita en el pasivo, alguna resistencia que en circunstancias normales hubiera podido presentar para preservar la propiedad de la cosa objeto del robo.³⁰³

Continúa enseñándonos el Maestro Jiménez Huerta al estima innecesario el carácter irresistible de la fuerza material, esto es que se reduzca a una total y completa impotencia a la persona (donde la ley no distingue, no hay porqué hacer distinción).

En la violencia, el "empleo de la más mínima fuerza material, además de dificultar físicamente la reacción de la víctima para defender o recuperar la cosa, tiene un enorme poder intimidante, es lógico que quien la sufre piense en la intensidad de los males que le esperan en caso de que intente resistir la fuerza material que sobre ella se hace".³⁰⁴

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 373 del cuerpo legislativo en comentario, se da la presente calificativa, si se sujeta, maniata, amordaza, inmoviliza, empuja, encierra en un cuarto, clóset, etc., a la víctima.

Estos actos de violencia no deben rebasar la ofensa o la libertad personal; es decir, lesionar otro bien jurídico (vida, integridad personal, el estado que guardan las cosas, entre

³⁰² Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo: XIV-Julio. Página: 603

³⁰³ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p. 62; en este mismo sentido se expresan Pavón Vasconcelos, Ob. Cit. p. 74, y Raúl Cárdenas. Ob. Cit. p. 179.

³⁰⁴ *Ibidem*

otros); ya que si esto llegara a ocurrir, precisa el artículo 372 infine, se aplicarán las reglas de la acumulación, verbigratia: homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena.

VIOLENCIA MORAL

La intimidación es la vis moral con la cual se infunde temor por un riesgo o mal que amenaza realmente o que la víctima cree real, y mediante ellos se logra vencer su voluntad y apoderarse de la cosa.

Mediante la violencia moral el sujeto sufre una presión en su voluntad para que actúe en un sentido determinado (contra el orden jurídico), pero siempre le queda su voluntad para actuar en otro sentido. Tendrá a veces a que realizar un acto heroico para actuar en contra de aquello a que la fuerza moral le presiona, pero podrá hacerlo. Si actúa de acuerdo con la dirección a que la presión le empuja, actuará voluntariamente. Su conducta extrema estará conducida por su voluntad. Voluntad coaccionada, pero voluntad en definitiva. Su impacto no lo hace esta clase de fuerza en la acción, sino en la culpabilidad³⁰⁵

Habrá violencia moral, cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo, según lo preceptua el artículo 373 último párrafo del Código Penal .

Respecto a la Violencia Moral el mismo Grozard comenta: " También la intimidación aniquila la libertad; su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar a él una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenaza o se finge en la imaginación. Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y le priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física. En virtud de ésta, los ladrones arrebatan las cosas contra la voluntad y resistencia de su dueño; en virtud de aquella otra, las sustraen, obligándolo por la coacción moral a entregárselas, o a no resistir el que ellos por sí mismos la tomen ".³⁰⁶

³⁰⁵ Sainz Cantero José A. Ob. Cit. p 520

³⁰⁶ Citado por González de la Vega " Derecho Penal Mexicano " edit. Porrúa 29ª edo. 1997 p 208

Nuestro máximo Tribunal afirma lo que debe de entenderse por violencia moral, al sostener que:

VIOLENCIA MORAL, EXISTENCIA DE LA. Debe tenerse por existente la calificativa de violencia moral en el delito de robo, cuando se logra intimidar a una persona doblegando su voluntad mediante la amenaza constante de ser agredida, aunque ésta se realice con una pistola de salva, pues el ofendido, en el momento de consumarse el delito desconoce si es o no inofensivo el artefacto, por lo que fundadamente creyó estar en peligro inminente para su vida o integridad corporal.³⁰⁷

Ahora bien el Maestro Jiménez Huerta nos explica sobre la violencia moral en el robo de la siguiente forma, " amenaza o amaga quien para ejecutar el robo da a entender, con actos, con palabras, ademanes, al sujeto pasivo o a la persona que se halle en su compañía, que le inferirá un mal si opone resistencia, así como también quien después de consumado el robo diere a entender o hiciera ademán a cualquier persona, de inferirle un mal si obstaculiza su huida o intenta recuperar lo robado ".³⁰⁸

Los delitos concurrentes al robo con violencia moral son los de amagos o amenazas (art. 282 y sig.). Es fácil percibir que las vías del hecho o maniobras materiales, características de la violencia física, pueden coincidir con la intimidación moral del paciente, ello en virtud de que la frecuente reacción psíquica por la coacción física se traduce en el que la sufre en una fuerza de carácter moral, como el miedo o terror que sobrecoge al violentado.

De ahí que el amago o la amenaza no deben ir más allá del acto intimidatorio, es decir, el materializar la amenaza, ya que si esto ocurriera estaríamos frente a un caso de violencia física.

El mal con el que se amenaza, precisa la Ley debe ser " grave ", " presente " o " inmediato " y capaz de intimidar a la persona amenazada. " No es necesario que se demuestre objetivamente que el mal era real y cierto, basta que tenga la suficiente apariencia objetiva para subjetivamente intimidar " .

³⁰⁷ Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo: XII-Julio. Página: 330

³⁰⁸ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. Cfr. Op. Cit., p 63

Por lo que a partir de esto debemos entender por Grave.- aquel mal que amenaza con privar de la vida o con inferir alguna lesión corporal . . . siendo idóneos para enervar o destruir la libertad de las personas.³⁰⁹

Se considera presente o inmediato, el mal que amenaza o amaga en cualquier momento durante el proceso ejecutivo o en un momento inmediato posterior al consumativo, es decir, la amenaza o amago deben ser necesariamente concomitante al apoderamiento.³¹⁰

El mal o amenaza a otro, presenta en el pasivo la representación de la realización de ese mal coartando de ésta manera su libertad de decisión del pasivo.

Por lo que si se amenaza con una pistola descargada o de juguete, subsiste la amenaza debido a la representación objetiva que esta representaba de por sí.

El amago o amenaza traducidos en violencia moral para calificar el robo, no pueden también integrar el delito de amenazas (previsto en el numeral 382 del Código Penal en comento).

Si se aplica lo contrario, se violaría flagrantemente el non bis in idem. Aunque González de la Vega, considera que la simple amenaza es uno de los delitos concurrentes que pueden dar lugar a la aplicación de las reglas de la acumulación.³¹¹

La diferencia esencial que estriba entre la violencia moral y el Tipo Penal de amenazas, se manifiesta en que mientras en el primero, se refiere a un mal inmediato, presente, grave y personal; el segundo requiere un mal futuro y referido en contra de otras personas diferentes del pasivo o sus bienes, constituyendo con esto una expectativa por venir.³¹²

En algunas Legislaciones extranjeras, la amenaza traducida en violencia moral, es típica de otro delito; la extorsión.

³⁰⁹ Ibidem p 63

³¹⁰ Ibidem p 63

³¹¹ González de la Vega. Ob. Cit. p 209

PUNIBILIDAD EN EL ROBO

Iniciaremos hablando de la penalidad, para lo cual diremos que la represión de todos los delitos contra las personas en su patrimonio ha sido estatuida para proteger, en general, cualquiera especie de derechos patrimoniales. Esto es la tutela penal del patrimonio no se limita a la propiedad, sino alza a cualquier derecho de posesorio sobre las cosas muebles, siendo ofendido por el robo todo poseedor de la cosa.

Todo el robo es una manifestación material de la circulación ilícita de la riqueza mobiliaria en perjuicio de la colectividad.

Entre los móviles o motivos inmediatos que impulsan a los diversos ladrones, se encuentran variados matices, que van desde el simple deseo de satisfacer ocasionalmente necesidades más o menos imperiosas, hasta la exagerada codicia.

Las formas o modos mecánicos de comisión, son también muy diversos. Todos los robos suponen la ausencia de consentimiento de la víctima para el apoderamiento ilícito, manifestada de diversas maneras.

De la misma manera, pueden ser diversas las circunstancias personales del infractor o las de modo y ocasión objetiva del delito, puede cometerse en variadas ocasiones en diferentes lugares, utilizando instrumentos o medios mecánicos que faciliten la tarea.

Por último examinando el importe del daño causado a la víctima (cuantía y circunstancias concurrentes).

Por otro lado " La punibilidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el Legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y el ataque a éste ".

La punibilidad es considerada como un elemento del delito o bien, como una consecuencia del mismo.

³¹² Cárdenas Raúl. Op. Cit. p 181 y sig.

Nuestra Legislación represiva, establece como parámetro para fijar la pena en el delito de robo " el valor de la cosa robada "³¹³, es decir, se toma en cuenta estrictamente el criterio material, así como las valoraciones de circunstancias que califican a éste ilícito en estudio (violencia, allanamiento de morada, etc.), y otra que determina la levedad en su comisión privilegiada (robo de uso).³¹⁴

Erróneamente, se estima más peligrosa la personalidad del sujeto que se apodera de objetos de mayor valor, que el que se apodera de objetos de valor escaso.

La mayoría de la Doctrina Nacional y extranjera, considera que el sistema cuantitativo es anacrónico, inadecuado, artificioso y casuístico, como lo expresan por su parte, Porte Petit, Carrancá y Rivas, Jiménez Huerta, Pavón Vasconcelos, y González de la Vega, entre otros varios. Actualmente el único tipo penal de robo que no lo considera así es el del motivo de estudio, del presente ensayo, al igual que el previsto en el segundo párrafo del artículo 301 del Código Penal para el Estado de México, en vigor, que a la letra dice: " Art 301.- . . . Se impondrá de nueve a veintidós años de prisión y multa de uno a tres veces el valor de lo robado sin que exceda de un mil días de multa, si la conducta antes descrita (refiriéndose al robo en casa habitación), se ejecuta además con violencia independientemente del valor de lo robado "

Empero, a pesar de que el Juzgador atiende exclusivamente al valor de la cosa, éste podrá moverse dentro de los límites del máximo y el mínimo establecidos al caso concreto.

Además que en el " robo en coparticipación, todos y cada uno de los coparticipes son responsables por la totalidad de lo robado y no por la parte o beneficio obtenidos en su intervención ".³¹⁵

El Código Penal para el Distrito Federal (como ya se mencionó) para estimar la cuantía del robo, establece que se debe atender al valor intrínseco de la cosa robada, e incluso también establece una sanción aún cuando la cosa en la que recae la acción delictiva no fuera estimable en dinero, o no fuese posible fijar su valor (Artículo 371 párrafo primero de la ley en comento).

³¹³ Porte Petit, Ob. Cit. p 127; Carrancá y Rivas, Ob. Cit; Jiménez Huerta. Ob. Cit. p 91; Pavón Vasconcelos, Ob. Cit. p 53; y González de la Vega. Ob. Cit p 188.

³¹⁴ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p. 91

³¹⁵ Semanario Judicial de la federación, CXXII, p. 1350, 5ª época, citada por Porte Petit, Op. Cit. p 128.

Son los artículos 370 y 371 (con excepción de su último párrafo) del Código punitivo, los que regulan la punibilidad del delito básico de robo. El primero de éstos numerales prescribe una escala ascendente de la pena según el valor de lo robado, siendo de la siguiente manera:

- a) cuando el valor de lo robado no excede de cien veces el salario mínimo general vigente en el D.F.; con una sanción hasta de dos años de prisión y multa de hasta cien veces de salario mínimo;
- b) Cuando exceda de cien veces el salario mínimo pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y una multa de cien a ciento ochenta veces el salario mínimo;
- c) Cuando exceda de quinientas veces el salario mínimo, la sanción será de cuatro a diez años y una multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario mínimo.

Mientras que el artículo 371 del Código punitivo, en análisis, establece que para estimar la cuantía del robo se atenderá, exclusivamente al valor intrínseco de la cosa, es decir, a su valor de cambio, el cual deberá ser apreciado con respecto al momento mismo del apoderamiento. Y agregando del citado numeral que " si por alguna circunstancia no fuera estimable en dinero o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años ". Con lo anterior el legislador presenta una solución a todas aquellas hipótesis en las que no se puede determinar el valor de la cosa objeto del latrocinio.

ATENUANTES

ROBO DE USO

El injusto previsto por el artículo 380 del Código Penal es conocido en la ley jurídica como "robo de uso", la ley reputa este ilícito se la siguiente forma:

" Al que se le imputare el hecho de haber tomado sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor, y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, . . . siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió de ello . . . "

Al describir el llamado robo de uso, esto es, en el caso de sustraer la cosa ajena no con el fin de apropiársela, sino con el de servirse de ella y restituirla después, el Jurista Carrara recuerda que según las leyes romanas, estas hipótesis eran consideradas como constitutivas de verdaderos y propios robos, y que esta posición fue seguida por la Jurisprudencia de su época. El maestro clásico se esfuerza en demostrar la corrección jurídica de este criterio, pues estima que en los casos de robo de uso concurren, desde el punto de vista objetivo, los requisitos del robo, y que el fin de lucro es indudable y se patentiza en el disfrute indebido de la cosa ajena.³¹⁶

El Penalista Nacional, Raúl Cárdenas lo denomina "apropiación indebida con carácter temporal". Se le llama robo de uso, porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión especial ánimo o propósito de apropiarse de lo ajeno, es decir, de hacerlo ingresar ilícitamente en el dominio del infractor. Aquí el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminución del afán de lucrar con lo ajeno.³¹⁷

Los elementos del tipo Penal de robo no existen en el activo, el ánimo de apropiación, por lo que en el robo de uso, el dolo se manifiesta en un ánimo de uso, lo cual presenta un llamado "delito impropio"³¹⁸, con una pena atenuada por lo escaso, menos intenso y

³¹⁶ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p 83

³¹⁷ Cárdenas Raúl. Ob. Cit. p 162

³¹⁸ *Ibidem*. 163

disminuido afán de lucrar con lo ajeno. Ya que reiteramos " la finalidad perseguida (por el agente) no es enriquecerse con la apropiación, sino utilizar temporalmente la cosa ".³¹⁹

González de la Vega considera como requisitos para la adecuación del delito conocido como robo de uso:³²⁰

- a) La prueba del ánimo especial de haber tomado la cosa con carácter temporal,³²¹ sin propósito de apropiación; y
- b) La restitución de la misma; si el agente se niega a devóverla no obstante el requerimiento del ofendido, se le deberá aplicar la penalidad ordinaria.

Por temporal, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, debemos entender lo que dura por un tiempo, que pasa con el tiempo, es decir, " que la cosa debe de ser usada inmediata y efímeramente " opina el Maestro Jiménez Huerta. El mismo autor, enseña que quedan excluidas de esta figura típica, todas las cosas que se consumen en su uso, incluyendo el dinero, diferente opinión al respecto del dinero mantiene el latino Vannini.

El llamado robo de uso, es el único tipo de robo que estatuye una pena atenuada (como ya se indico con anterioridad); la sanción establecida para este injusto penal es de uno a seis meses de prisión o multa de treinta a noventa días de salario mínimo . . . además del pago al ofendido del doble del alquiler, arrendamiento o interés de la cosa usada, por concepto de reparación del daño.

La atenuación de esta sanción en relación con las reglas ordinarias de penalidad (del robo), según la ratio legis, se debe por tomar en consideración el menor propósito de dañar por parte del activo.

Se consideró por el Legislador, de menor gravedad en el apoderamiento el animus utendí, que el de lucro o apoderamiento. Aunque Federico Puig Peña considera que debe darse el trato del hurto al robo de uso y no un tratamiento directo.

³¹⁹ González de la Vega. Ob. Cit. p. 218.

³²⁰ *Ibidem.* p 219

³²¹ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p 82.

La diferencia entre el Robo simple y Robo de uso, es que el robo simple difiere del robo de uso, en que en el primero el apoderamiento es definitivo, con ánimo de apropiación y enriquecimiento, mientras que en el segundo la cosa ajena, mueble, se toma con carácter temporal, sin el consentimiento de quien legalmente puede disponer de ella conforme a derecho y sin el propósito de apropiársela y obtener un lucro.³²²

AGRAVANTES

La punibilidad en la comisión del delito de robo, se va a agravar cuando se lleve a cabo bajo alguna circunstancia que va a implicar un aumento o una agravación en la pena que imponen los artículos 370 y 371 (párrafos primero y segundo) del Código Penal para el Distrito Federal.

La doctora Olga islas, considera que apropiadamente deben considerarse como elementos del tipo legal; ya que desde un punto de vista normativo, ningún tipo contiene elementos y circunstancias, sino exclusivamente elementos.

Estos tipos de robos, los podemos encontrar dentro de la clasificación de los tipos complementados agravados (también denominados circunstanciados cualificados), y de los que consideramos que el tipo que establece el artículo 371 en su párrafo tercero de nuestro Código no pertenece, ya que este a diferencia de aquellos establece su propia penalidad, y tiene una mayor amplitud para su aplicación lo cual va a representar un concurso aparente de normas, respecto a lo cual haremos referencia en el capítulo que precede.

En este tipo de robo vamos a encontrar, la aplicación de una pena plus, cuando se cometa con violencia, agregándose de seis meses a cinco años de prisión (artículo 372 del Código Punitivo); o cuando estén presentes algunas calidades personales del sujeto activo o por circunstancias de lugar, según lo disponen los artículos 381 y 381 bis del multicitado Código, donde se establece para el primero de ellos, el aumento hasta de cinco años de prisión a la pena que corresponda según el valor de lo robado; mientras que para el segundo un aumento de tres días hasta diez años de prisión.

³²² Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo: VII-Junio. Página: 417

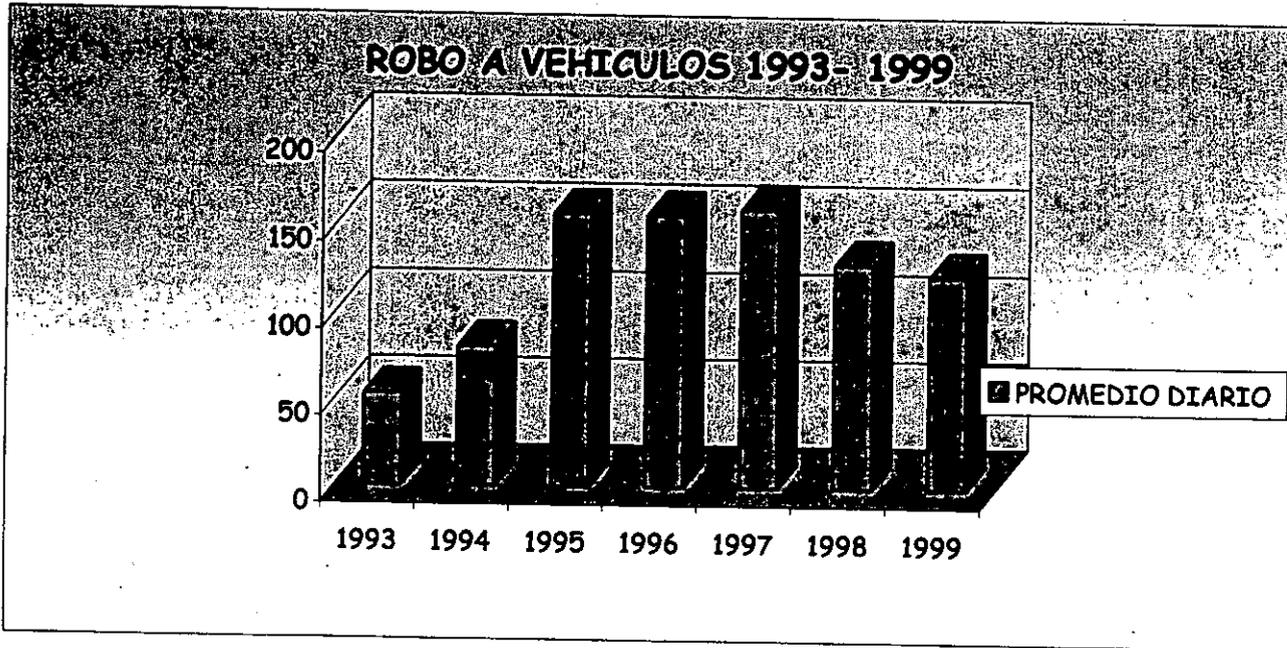
De estas circunstancias que agravan al robo, no haremos mayor mención en virtud de haberlas estudiado con antelación en el presente ensayo.

En el caso que la violencia constituya otro delito se estará a las reglas de acumulación (artículo 372 in fine), como puede ser en la aparición de otros injustos como en el caso de lesiones o daño en propiedad ajena, por mencionar algunos.

Con respecto a la punibilidad aplicable al ilícito previsto por el tercer párrafo del artículo 371, esta es de cinco a quince años de prisión y multa de hasta mil días de salario mínimo, de lo cual hablaremos con mayor amplitud en el capítulo ex profeso para ello.

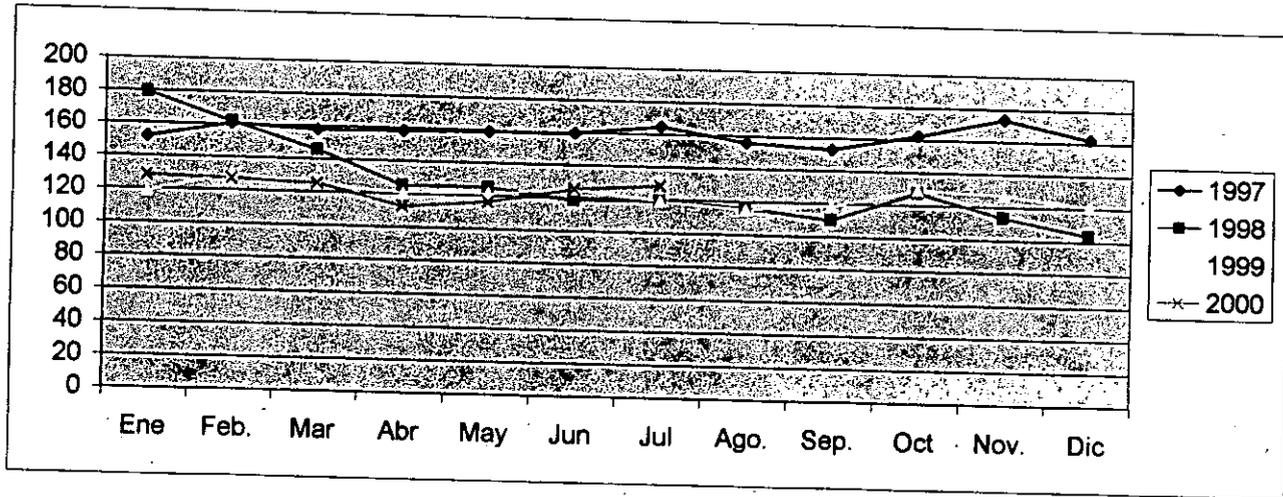
ROBO A VEHICULO 1993-1999

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
PROMEDIO DIA	52.95	80.39	156.79	155.1	160.22	129.07	122.67
VARIACIONES %		51.82	92.55	0.85	2.64	-19.44	-4.96



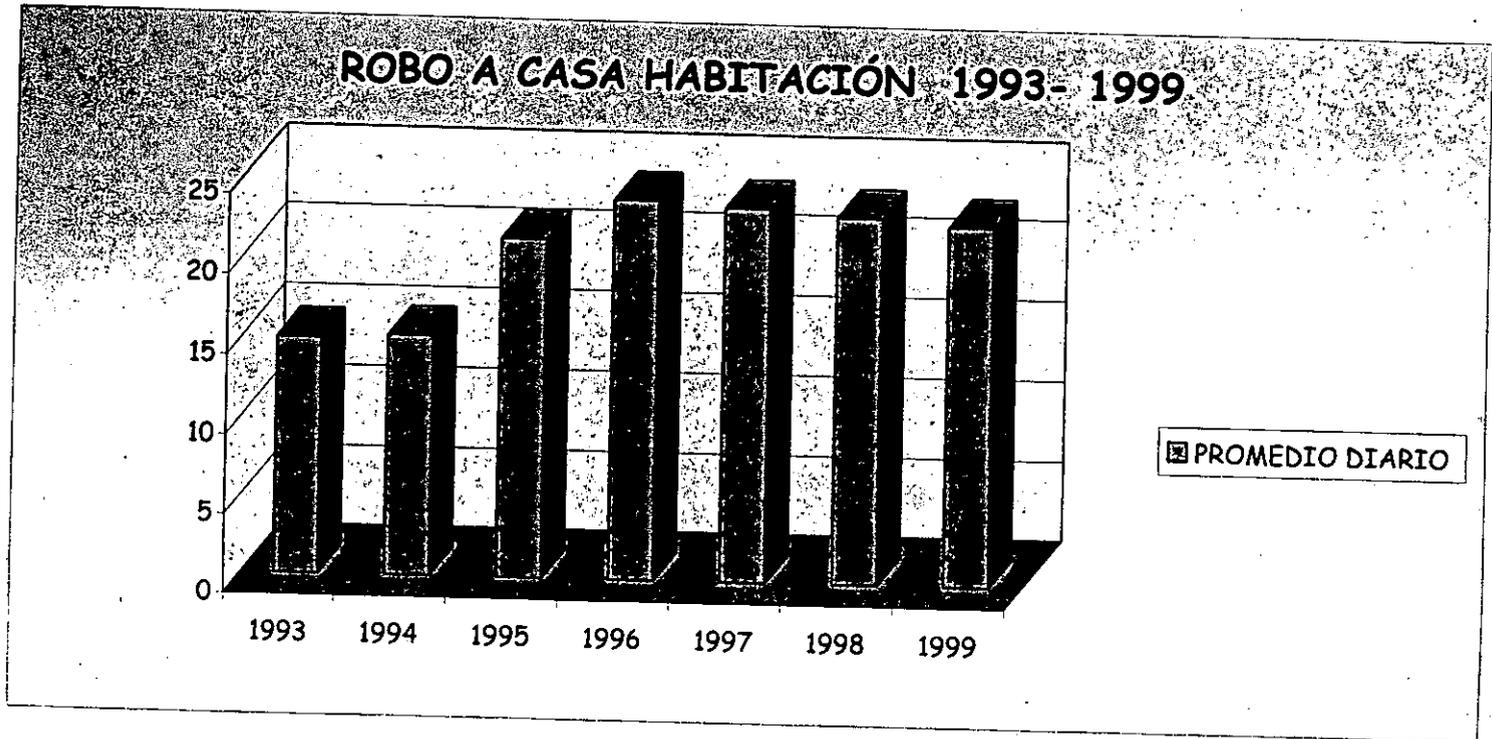
ROBO DE VEHICULO 1997-1999 (por mes)

	Ene	Feb.	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago.	Sep.	Oct	Nov.	Dic
1997	152.3	161	158	158.8	159	160	165	156	153	163	174	162.4
1998	179.6	162.3	146	125.5	125	119	120	117	111	128	114	103.9
1999	118.9	129.8	125	120.57	122	125	119	116	119	130	127	121.1
2000	128.9	127.5	126	113.06	117	126	129					



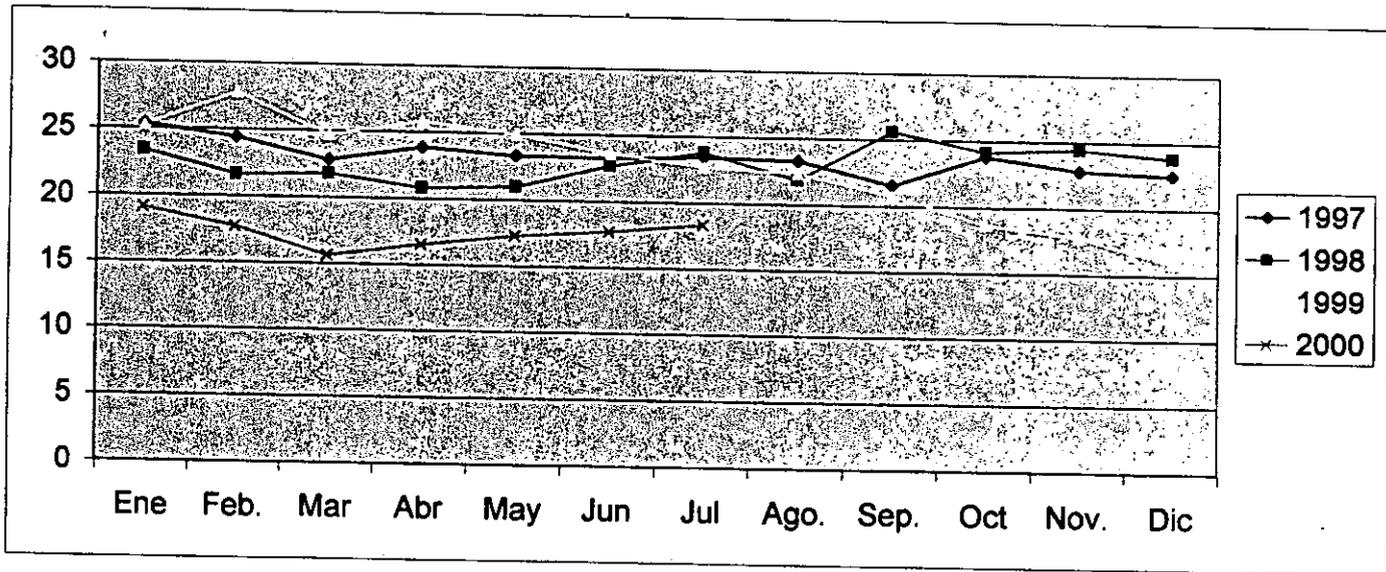
ROBO A CASA HABITACIÓN 1993-1999

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
PROMEDIO DIARIO	14.84	15.08	21.22	23.79	23.43	22.98	22.53
VARIACIONES %		1.62	40.72	12.11	-1.51	-1.92	-1.96



ROBO DE CASA HABITACIÓN 1997-1999 (por mes)

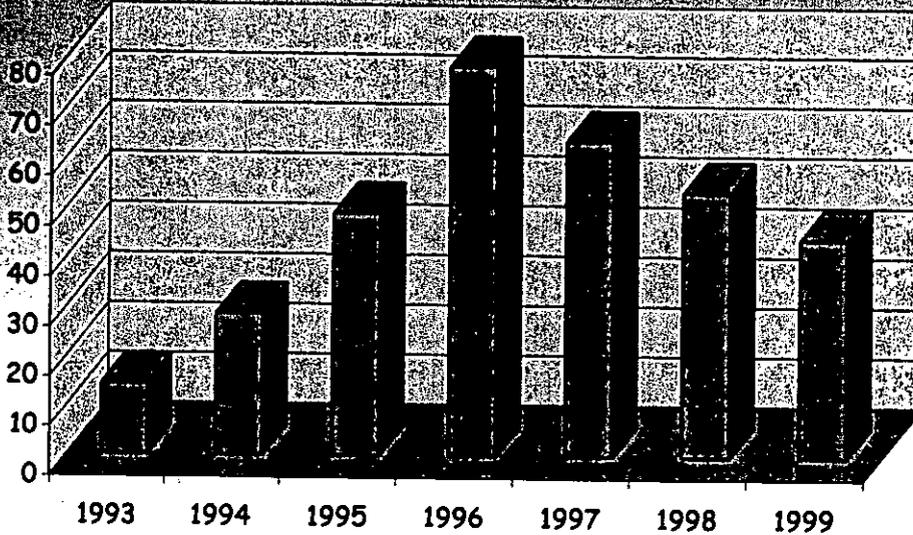
	Ene	Feb.	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago.	Sep.	Oct	Nov.	Dic
1997	25.39	24.46	22.87	23.9	23.39	23.3	23.52	23.35	21.63	23.87	22.87	22.61
1998	23.45	21.68	21.87	20.87	21.06	22.77	23.87	21.94	25.67	24.23	24.47	23.91
1999	25.32	27.79	24.71	25.83	24.97	23.67	22.77	22.39	20.83	18.74	17.83	16
2000	19.16	17.79	15.71	16.63	17.35	17.8	18.42					



ROBO A TRANSPORTE 1993-1999

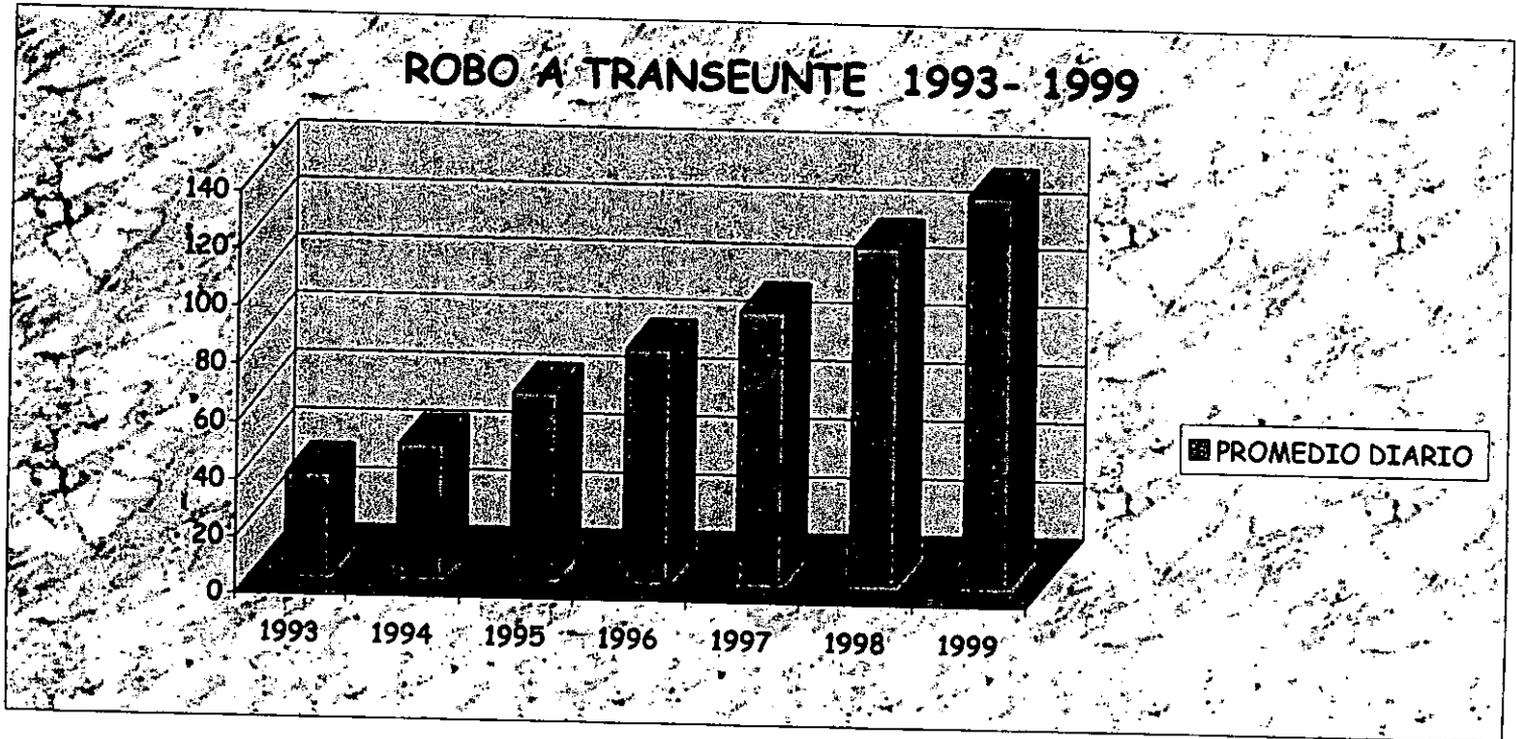
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
PROMEDIO DIARIO	14.24	28.53	48.64	78.11	63.25	53.2	43.94
VARIACIONES %		100.35	70.49	60.59	-19.02	-15.89	-17.71

ROBO A TRANSPORTE 1993- 1999



ROBO A TRANSEUNTE 1993-1999

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
PROMEDIO DIARIO	35.48	46.1	64.47	80.32	93.89	117.05	135.6
VARIACIONES %		29.93	39.85	24.59	16.89	24.67	15.85



Destacando nuevamente, que la prevención general ha dejado de cumplir con su cometido (por desgracia), lo cual se hace tangente ³⁷⁸ como ya dijimos, con la sobrepoblación carcelaria y de la cual opina el ilustre Doctor Raúl Carrancá y Rivas, " se debe a la no readaptación , ya que en realidad se trata de un caldo de cultivo de criminalidad y del cual al salir se presentan como gérmenes de la inseguridad pública " ³⁷⁹

Según lo dio a conocer el entonces Procurador de Justicia del Distrito Federal el Lic. José Antonio González Fernández al expresar a diversos medios de comunicación el 18 de Agosto de 1996 que " el índice de impunidad respecto de los hechos criminales en México es de un 90%. Aunque el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Luis de la Barrera Solórzano más recientemente dio a conocer que la " impunidad de los delinquentes alcanza un 96 % en las Averiguaciones Previas. Alonso Urrutia " Gran índice de impunidad en la Ciudad ".

Por lo que al aumentar a la población carcelaria de acuerdo con el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, al considerar que nuestro tipo penal motivo del presente ensayo dentro de su clasificación (Delitos Graves), en nada ayuda a la disminución de la delincuencia; no solo respecto del robo sino también de otros delitos.

Además de los problemas respecto de su aplicación por parte de los Tribunales y en relación a la pretensión punitiva del Ministerio Público (se relacionan artículos 367, 369, 372, 381, con el 371 párrafo último).

En otro orden de ideas, después de haber estructurado el presente capítulo y a manera de esbozo, cabe señalar que se ha podido apreciar que en el diario aplicar de nuestra actual Legislación Penal, ha existido gran confusión en la aplicación de los elementos estructurales integrantes del delito de Robo Calificado o Agravado, esta situación se ha incrementado con la adición la nueva hipótesis delictiva respecto del delito de Robo materia del presente ensayo.

A este respecto la creación de esta nueva hipótesis delictiva, de Robo Calificado o Agravado con Alevosía, prevista en la fracción III del mencionado artículo 371, ha presentado diversas confusiones a partir de su entrada en vigor, confusiones en cuanto a la aplicación de los elementos estructurales del delito de Robo Calificado, y que se ha materializado en aplicar y manejar a éste nuevo tipo penal, dentro de las diversas hipótesis normativas, que califican al

³⁷⁸ La Jornada, México, D.F. 8 de Abril de 1997 p 46.

³⁷⁹ Módulo de Derecho Penal, del ciclo permanente de actualización, organizado por el Consejo Nacional de Egresados de Postgrado en Derecho (CONEPD) Del 3 al 5 de Septiembre de 1996.

delito de Robo Simple o Genérico, Agravado la pena aplicable al mismo; siendo que esta nueva hipótesis por sí sola es un TIPO ESPECIAL Y AUTÓNOMO DE ROBO CALIFICADO O AGRAVADO CON ALEVOSÍA; confusión que hasta la fecha no sólo abarca a la Institución representada por el Ministerio Público, esto es, al hacer uso de sus funciones ejercitando acción penal y estableciendo su pretensión punitiva, sino también a los Jueces y Magistrados al emitir sus resoluciones, respecto de los planteamientos hechos por el Ministerio Público.

A esta nueva hipótesis normativa, se le ha venido tipificando e incluso aplicando las sanciones correspondientes como si se tratase de una más de las hipótesis normativas, que califican o agravan la pena aplicable al delito de Robo Simple o Genérico y no entendiendo que éste nuevo tipo penal es un delito Especial y Autónomo de ROBO CALIFICADO O AGRAVADO CON ALEVOSÍA, lo anterior puede apreciarse fehacientemente, cuando con el carácter público del órgano de Acusación, lo pone a este en la necesidad de disponer de los elementos subjetivos subordinados, con el objeto de proveer con eficacia el desempeño de sus funciones, esto es, al establecer su pretensión hecha valer con el ejercicio de la acción penal, como al realizar su pretensión punitiva, en los casos que determinan los elementos estructurales integrantes del delito de Robo Calificado o Agravado, fundamentándose en las diversas hipótesis previstas en los artículos 367, 371 párrafo III, 381 y 381 bis, todos del Código Penal vigente para el Distrito Federal, acciones que han traído como consecuencia que los Jueces del fuero común, dicten resoluciones condenando a los reos por el delito de Robo Calificado, previsto en las diversas hipótesis contenidas en los artículos anteriormente citados, lo cual es contrario a la dogmática de los delitos de Robo Simple y de Robo Calificado.

Confusión que llevo a nuestro máximo Tribunal a definir en marzo de 1998, es decir dos años después de la entrada en vigor de la reforma en comento, la siguiente Tesis de Jurisprudencia que a la letra dice:

* ROBO. EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL NO CONTEMPLA UN TIPO PENAL ESPECIAL O AUTÓNOMO, SINO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO (LEGISLACIÓN 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 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.", 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 comento, 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.³⁸⁰

Dicho de otra forma, al existir las circunstancias calificativas del delito de robo contenidas en los artículos 381 y 381 bis del Código sustantivo de la materia, implican estas la existencia de un Tipo básico o fundamental de Robo contenido en el artículo 367 de dicho ordenamiento, y que en el caso que nos ocupa también es un delito básico o fundamental el delito de Robo Específico Calificado que se tipifica en el tercer párrafo del multicitado artículo 371 y al ser estos tipos básicos o fundamentales; cuando se presente dentro de la hipótesis normativa alguna (s) de las circunstancias que se tipifican como ya hemos referido en los artículos 381 y 381 bis, darán con ello nacimiento a un Tipo complementado, subordinado, calificado o atenuado, que para su estructuración o configuración requeriría del precepto básico, que en este caso sería el artículo 371 párrafo tercero en relación con los artículos 381 y 381 bis, dando con ello nacimiento a lo tipo de robo calificado o bien llamado también Tipo de Robo específico calificado o doblemente calificado, de ahí la importancia de

³⁸⁰ Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: VII, Marzo de 1998. Tesis: 1.10.P. J/8. Página: 736

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 7/98, pendiente de resolver en la Primera Sala.

darle su autonomía y apartado en un precepto único y especial de este nuevo Tipo de robo agravado con alevosía, ya que al darle esta mención en nuestro Código punitivo, permitiría que en la aplicación del mismo, o bien en la adecuación de la conducta a los elementos del cuerpo del delito, no se dieran ni confusiones al aplicar la sanción respectiva, ni mucho menos una doble o múltiple sanción.

De ahí que el propósito de la presente tesis después de haber entrado al estudio de los diversos elementos estructurales integrantes del delito, del Robo Simple, así como a las diversas circunstancias que Califican o Agravan la pena aplicable a éste último, son en primer lugar; poder distinguir y contemplar a la hipótesis prevista en la fracción III del artículo 371 como un Tipo Penal Autónomo e independiente de Robo Agravado con Alevosía; ya que del análisis del mismo se determinaron los alcances Normativos de esta hipótesis delictiva y se establecieron los casos de aplicación de la misma, ya que como hemos analizado de la simple aplicación del Principio de Especialidad, " Un delito Especial y Autónomo, como es la hipótesis prevista en la fracción III del artículo 371, No puede aplicarse al delito de Robo Simple, ni contemplarse como una Agravante más de aquel, por que como tal, y siguiendo dicha regla " lo genérico no se aplica a lo específico y lo contrario", lo anterior se deduce de lo establecido por el último párrafo del artículo 8º de nuestra actual Legislación Penal.

Es de considerarse que el plan de trabajo que se pretende establecer en la presente tesis, es muy ambicioso y tal vez difícil de alcanzar, tomando en consideración lo amplio y técnico del tema, sin embargo, quedará la satisfacción de sembrar la inquietud en las personas que diariamente aplican y hacen uso de nuestra Legislación Penal, con el planteamiento y objetivo del presente tema.

Al respecto nuestro máximo Tribunal ha emitido el siguiente criterio Jurisprudencial al indicarnos que

" El párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicable para toda la República en materia Federal, prevé un " Tipo Especial de robo y no una calificativa ", ya que ésta requiere necesariamente de la existencia del tipo básico o fundamental, previsto por el numeral 367 del citado ordenamiento legal, en tanto que el primero adquiere autonomía y propia sustantividad, porque contiene todos sus elementos y punibilidad propia; es decir, el tipo especial excluye la aplicación del básico, mientras que la calificativa no solamente no lo excluye, sino que presupone su presencia, a la que se agrega como suplemento.³⁸¹

Es necesario el aclarar que el estudio realizado respecto al latrocinio establecido en la última parte del artículo que nos ocupa, se refiere a las consideraciones que hemos adquirido por la experiencia práctica y los estudios doctrinarios en relación a este tópico, y que si bien es cierto, que no dejan de ser meras consideraciones personales, también recordemos que los asuntos que vienen a constituir la Jurisprudencia son los criterios lógico-jurídicos de los litigantes presentados ante la Justicia Federal, ya lo mencionó en alguna ocasión un Ministro en un Zarranque de sinceridad que la "Jurisprudencia la hacen los litigantes".

Con la creación de una nueva hipótesis delictiva, como se prevé en el párrafo anterior, se logrará establecer un nuevo tipo penal, que vincule los elementos estructurales que se relacionen directa o indirectamente con el objeto del delito, que es la intervención de dos o más sujetos el cual, estará determinado de forma autónoma, estableciendo los casos de aplicación del mismo y delimitando así su penalidad, como es el caso actual de la hipótesis prevista en el artículo 372 del mismo ordenamiento, la cual contempla el Robo con Violencia.

Así nuestra humilde consideración al exponer este tema es que se reforme y adicione el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal para quedar de la siguiente forma, y una alternativa sería incorporar el artículo 371 Bis.

"Artículo 371 Bis: Cuando en la comisión del robo participen dos o más sujetos, sorprendiendo intencionalmente a la víctima de improviso utilizando la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que le disminuyan las posibilidades de defensa, sin importar el monto de lo robado, se les aplicara de cinco a quince años de prisión y hasta mil días de multa; además también se le podrá aplicar la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, por un termino que puede ser igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta. Si en la ejecución del robo se constituye otro delito, se aplicaran las reglas de la acumulación."

Logrando de esta forma reducir la delincuencia organizada que se ha venido incrementando, integrando así la imputación con relativa firmeza o para ser posible su

CAPITULO CUARTO
ROBO AGRAVADO CON ALEVOSIA ART. 371 ULTIMO PARRAFO

CUESTIONES PREVIAS

Al ser el robo uno de los delitos que representa el 70% de los hechos delictivos que se denuncian, y de estos poco más de la mitad de ellos son con violencia. Además de tener un sistema sancionador el cual 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, fue necesario presentar al Congreso de la Unión la iniciativa Presidencial planteada el 18 de marzo de 1996, en la que se propone adicional al artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal un tercer párrafo, con el objeto 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.³²³

La pretensión planteada por esta iniciativa de Ley es sancionar severamente estos delitos que frecuentemente llegan a dañar la integridad física y la dignidad del ciudadano, bajo el supuesto que se proponga en ella, aún cuando el monto de lo robado sea de poca importancia, se atenderá a las circunstancias de ejecución del delito, a fin de imponer al delincuente sanciones considerables que inhiban su comisión. Por lo que este delito debido a sus características sera considerado como delito grave, por lo que imposibilita al sujeto a obtener su Libertad de forma inmediata como era ya costumbre.

Así nuestro máximo Tribunal da plena veracidad al objetivo del Legislador, al establecer en el siguiente criterio una exposición más clara de lo anterior y así nos dice:

**"AGRAVANTE. LA PREVISTA EN EL ARTICULO 371,
 PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO 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 comentario, con independencia de que al menor o menores de edad participantes se les aplique diverso régimen legal.³²⁴

Así las cosas el objeto de esta reforma como se establece, es la imponer a los delinquentes, 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

³²³ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Ley, presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 18 de marzo de 1996, p 4-9

³²⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª Época. Tomo: VIII, Noviembre de 1998 Tomo: I. I.o.P. /10. Página: 412

severas, sanción que esta acorde con la garantía Constitucional de Libertad de Tránsito, pues conforme a ella, el ejercicio de este derecho esta subordinado a las facultades de la autoridad Judicial, en los casos de responsabilidad criminal.

CONCEPTO

El numeral motivo del presente trabajo, establece una regla general respecto a la penalidad aplicable al robo, la cual toma como parámetro a la cuantía, más sin embargo, en la parte final establece una excepción a dicha regla, tal y como lo hemos precisado a lo largo de los anteriores capítulos, por lo que resulta pertinente nuevamente realizar la transcripción del texto vigente que a la letra dice:

** Art. 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 a 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 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”.

Con esto, el tercer párrafo del artículo anterior, establece un nuevo tipo Penal de robo, el cual requiere de más elementos que los otros tipos que hemos estudiado, este nuevo injusto conjunta en su composición dos o más circunstancias de las que prevén los otros tipos antes analizados.

Ahora bien en cuanto al concepto de Alevosía, nos define la Suprema Corte de Justicia de la Nación que debe de entenderse:

“ ALEVOSIA. CALIFICATIVA DE. La calificativa de alevosía supone un ataque de imprevisto; mas ello no quiere decir que surja de imprevisto en la mente del agresor el pensamiento de sorprender al agredido - aunque así sucede en algunos casos, sino que a la víctima se le sorprende de repente, de pronto, inesperadamente, a tal punto que la actividad así desplegada, no da lugar a la parte lesa a repeler el ataque de que se le hace objeto.³²⁵

Podemos desprender de estos conceptos las características siguientes:

- a) Sorpresivamente o repentinamente
- b) Inesperadamente

³²⁵ Semanario Judicial de la Federación. 8º Epoca. Tomo XIV-Julio Páginas: 413

c) Sin oportunidad alguna de defensa

ANTECEDENTES

El artículo 371 del multicitado Código, desde su promulgación ha tomado en consideración la métrica de la sanción respecto del monto de lo robado; en un principio este numeral consideraba la cuantía en un aspecto de cantidad líquida (pesos); posteriormente en una reforma eso se dejó atrás, para considerar como parámetro de la cantidad de lo robado, al salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, debido a lo anacrónico del método antecesor.

Con anterioridad hemos precisado, que el considerar el valor de la cosa robada para la imposición de la pena, es ERRONEA, ya que es incorrecto estimar de más peligro al sujeto que se apodera de objetos de mayor valor, que el que se apodera de objetos de escaso valor; y por supuesto esta regla se aplica sin tomar en consideración el medio utilizado en este último caso.

Y con respecto al nuevo tipo penal de robo que vino a establecer la adición del tercer párrafo del precepto en estudio, este no tiene precedente alguno en los Códigos punitivos para el Distrito Federal antecesores al actual³²⁶, ahora bien surge la interrogante ¿ y porque establecer la excepción a esta regla en el mismo artículo ?. Aunque el reformador permanente no realiza mención alguna a este respecto, consideramos que este tipo de latrocinio bajo condiciones de desventaja respecto de la víctima se adicionó al artículo 371 y no a otro de nuestro Código, por no considerar al monto del robo y establecer su propia penalidad haciendo patente que con esta adición se presenta una excepción a las previsiones que de manera genérica atienden a la cuantía para considerar la pena aplicable.

PUNTOS COMPARATIVOS

En algunos cuerpos Legislativos encontramos algún antecedente respecto a la " intervención de dos o más sujetos en el robo con violencia, como es el caso del artículo 695 del Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, que mencionaba " el robo hecho por cuadrilla,

³²⁶ Parte Petit, Ob. Cit. Cfr. Op. Cit. p 176, 185, 194, 195.

esto es, por dos o más personas en poblado y en despoblado, se reputará siempre hecho con violencia y por consiguiente sujeto a las penas de tal *.

Asimismo menciona que * Se aplicará pena de seis a diez años de trabajos forzados: 1.- cuando el delito (robo) se cometa o se intente por dos o más personas, siendo el agredido uno, o cuando los ladrones que incurran al hecho sean más de dos, sea cual fuere el número de las personas agredidas, . . . , 3.- Cuando los ladrones o alguno de ellos se presenten armados al lugar del delito *.

Según lo precisaba en su artículo 709 el Código Penal para el Estado de Veracruz llave del Código de 1869, y posteriormente estipulado por el Código Penal de 1871 en su numeral 395, el aumento de un año de prisión a la pena (aplicable), se daría si el robo era cometido mediante alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.- . . . ser los ladrones dos o más;
- 2.- . . . ejecutar el robo en la noche;
- 3.- . . . llevando armas*.

Además de que el artículo 402 de este mismo cuerpo Legislativo, señalaba un tipo Penal de robo de la siguiente manera, " el robo que sea cometido por una cuadrilla de ladrones atacando a una población, se castigará con la pena de doce años de prisión, . . .".

En los preceptos transcritos, podemos apreciar de manera patente la participación de dos o más sujetos en la comisión del robo, utilizando armas (que de alguna manera de suyo implican ya una ventaja sobre el pasivo, describiendo la representación de la violencia de alguna manera sobre el pasivo). En la actualidad existe un tipo de robo análogo al del motivo del presente ensayo en el artículo 290 del Código Penal del Estado de México que establece:

" Art. 290.- Son circunstancias que agravan la penalidad en el delito de robo, además de las penas señaladas en el artículo anterior con las siguientes:

I Cuando se cometa con violencia, se impondrá de cinco a diez años de prisión y de uno a tres veces el

valor de robado sin que exceda de mil días de multa; así la fracción III, nos dice.- Cuando se cometa en el interior de casa habitación o en el interior de un vehículo particular y se utilice en su ejecución la violencia, se impondrán de DIEZ a QUINCE años de prisión y de uno a tres veces el valor de lo robado, sin que exceda de mil días de multa.

Es menester para fines del presente ensayo, el comparar el texto anterior del precepto en análisis, antes de la reforma del 13 de mayo de 1996, en la cual fue adicionado con un tercer párrafo, así como en sus momentos durante el procedimiento Legislativo en el cual fue modificado aquel. Estas variaciones se encuentran marcadas, así como la variación sugerida en el dictamen de la Cámara de Senadores, y la cuarta columna al texto aprobado y en vigor:

TEXTO ANTERIOR

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 a 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."³²⁷

INCIATIVA

ARTICULO 371.- " Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento; pero si por alguna circunstancias no fuere estimable en dinero o, si por

³²⁷ Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 1994. p 91.

su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días a cinco años.

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicaran 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** y hasta mil días de 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.³²⁸

DICTAMEN CAMARA DE SENADORES

ARTICULO 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 a cinco años.

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicaran 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 QUINCE AÑOS** y hasta mil días

³²⁸ Exposición de Motivos de la Iniciativa de ley, presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 18 de marzo de 1996, P.29.

de 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.³²⁹

Cabe hacer el señalamiento que en el apartado correspondiente a las "Modificaciones a la Iniciativa emitida por la Cámara de Senadores" y a efecto de evitar excesos en la aplicación de la pena establecida en este numeral (artículo 371 último párrafo) y configurar con ello un castigo excesivo, las Comisiones Unidas estiman pertinente disminuir el máximo fijado por la iniciativa a la pena de prisión a quince años y no a veinte como estaba establecida.

TEXTO VIGENTE

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

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicaran 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 QUINCE años y hasta mil días de 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.³³⁰

³²⁹ Dictamen de la Cámara de Senadores (Comisiones Unidas de Estudios Legislativos, Primera sección), fracción XXV, p 45. En su apartado denominado " Modificaciones a las Iniciativas ", Punto XXV.

³³⁰ Diario Oficial de la Federación del 13 de Mayo de 1996.

COLISION DE NORMAS PENALES

La hipótesis delictiva contenida en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal, que requiere que el robo se cometa por dos o más sujetos, a través de la violencia (en general condiciones de desventaja de la víctima); sin importar el monto de lo robado, representa un conflicto de leyes, específicamente un concurso aparente de normas, al observarse que dentro de nuestro código punitivo, figuras jurídicas como la pandilla (artículo 164 bis del Código Penal), la violencia como medio para cometer el robo (artículo 372 y 373), entre otros pueden calificar la sanción en el robo y las figuras anteriores son compatibles (en apariencia) y similares (por no decir, que iguales en su contenido y previsión) al contenido del párrafo último del artículo que nos ocupa.

Utilizamos La acepción de Colisión de Normas Penales, en este apartado, al referirnos al contemporáneamente llamado " *Concurso Aparente de Normas* ", para hacer patente que en esta Institución Jurídica no existe ningún tipo de concurso de leyes, ya que de una de ellas al ser aplicable con exclusión de todas las demás al ser aplicada al caso concreto colisiona y desplaza a las demás. Al respecto confróntese a Puig Peña,

Así en el Derecho Penal, se le denomina " Concurso aparente de Normas "³³¹, " Concurrencia de Normas incompatibles entre sí "³³², " Colisión de Normas Penales "³³³, entre otros, al problema de 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 la relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de la otra. Por lo que 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 solo es aparente.³³⁴

Además el Maestro Porte Petit, precisa en una gran lista de multiples y similares denominaciones sobre esta figura, mismas que son compartidas por los diversos Juristas que hemos venido analizando a lo largo de este trabajo y que a saber son: " Concurso de Leyes " (Cuello Calón); o de disposiciones legales; " Concurso aparente de Leyes " (Battaglín, Jiménez

³³¹ Pavón Vasconcelos. Concurso Aparente de Normas. Editorial Porrúa. México 1994. 4° edc. p 238. Esta misma denominación es utilizada por el Italo Antolisei entre otros.

³³² Porte Petit. Ob. Cit. p 218.

³³³ Ibidem. Op. Cit. p 218.

³³⁴ Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. p 45-84.

de Asúa); " Concurso ficticio de Leyes " (Antolisei); " Concurso impropio de Leyes "; " Concurso aparente de tipos " (Jiménez Huerta); " Concurso aparente de delitos "; " Concurso aparente de Normas " (Antolisei); " Concurso ideal aparente "; " Relaciones de las figuras entre sí "; " Concurso de Normas " (Puig Peña); " Conflicto aparente de leyes Penales " (del Rosal).³³⁵

Ya que de ocurrir cosa contraria, se transgrediría el principio de Legalidad establecido en el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Federal (Nulla poena sine lege stricta); puesto que en apariencia y a pesar de que diversas Normas refieren y sancionan una misma conducta, esta no puede encuadrar en dos tipos a la vez los mismos hechos, ya que para aplicar la Norma correspondiente se debe averiguar cual Norma excluye a la otra.

Esta función interpretativa para elegir cual es la norma aplicable implica necesariamente la eliminación de otras, al respecto el hispano Puig Peña menciona que " en este caso, la misión correctora excede del alcance normal de la interpretación, pues no se trata de encontrar en el secundum legem el verdadero sentido de la ley única, que tiene ante su presencia y disponibilidad, eliminar casi con interpretatio abrogans una de las normas del pluralismo Jurídico ".³³⁶

No todos los autores están de acuerdo en aceptar todos los principios y efectos, que pretenden dar solución al Concurso aparente de Normas, por lo cual y para efectos del presente trabajo explicaremos algunos de los más importantes de manera escueta; " Principio de especialidad "; " de consunción o absorción "; " de subsidiaridad "; y el de alternatividad " .

EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Lex Specialis Derogat Les Generalis.- se presenta cuando un precepto reproduce las características de otro (es decir, uno de los tipos se debe encontrar íntegramente contenido en el otro), añadiendo además otras más específicas, con lo que el precepto más específico (lex specialis) ya que desplaza al más genérico; tal y como lo precisa Puig Peña al mencionar respecto a éste principio, que " es aquel por cuya virtud cuando dos Leyes Penales protectoras del mismo bien jurídico una de ellas contiene, sin embargo, respecto de la otra algún elemento

³³⁵ Porte Petit. Ob. Cit. p 218

³³⁶ Puig Peña Federico. Colisión de Normas Penales. Editorial Bosch. Barcelona 1955. p 242.

singular que concrete más el supuesto, debe ser aplicada aquella con exclusión de la segunda

337

En la actualidad, este principio ha sido aceptado expresamente en nuestro Código punitivo, al establecer en su artículo:

" Artículo 6°.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una Ley especial o en un Tratado Internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero de este Código y, en su caso las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."³³⁸

En realidad la palabra " derogat " que aparece en la formulación de esta máxima, debe leerse; priva sobre, prevalece sobre, (y no deroga), ya que la anulación de una de las normas en conflicto no deriva de la solución dada al conflicto, . . . (ya que en el) conflicto (aparente), . . . basta aplicar el Derecho Positivo para superarlo.³³⁹

Puig Peña, a este respecto destaca las siguientes circunstancias para la prelación del principio de especialidad:

- a) Que existan dos Leyes Penales concurrentes sobre el mismo hecho,
- b) Que las dos normas que entran en colisión, disciplinen el fondo del mismo supuesto de hecho; y
- c) Que una de las normas este contenida íntegramente, pero además esta contenga algún elemento especializante en relación con aquella.³⁴⁰

³³⁷ Ibidem. Op. Cit. p 99.

³³⁸ Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 1997. p 11

³³⁹ Diccionario jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Editorial Porrúa. México 1994. p 619

³⁴⁰ Puig Peña. Ob. Cit. p 142

EL PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN O ABSORCIÓN

Lex Consumens Derogat Lex Consumpta.- Confundido a veces con el de especialidad. En la consunción el mayor alcance de la norma aplicable no radica en su amplitud descriptiva, o en función de los elementos especializantes que en ella concurren, sino en la mayor " Entidad valorativa " que absorbe a la norma en conflicto, excluyendo su misión sancionadora.

Lo anterior, debido a que cuando se estima que en la absorción se opera en razón de los elementos constitutivos de las normas en conflicto y que permiten a una de ellas prevalecer sobre la otra en virtud de su mayor amplitud.³⁴¹

Por lo que el Maestro Jiménez de Asúa, lo explica de la siguiente manera:

" Cuando el hecho previsto por una Ley o por una disposición legal esta comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que esta es de más amplio alcance se aplica con exclusión de la primera. La mayor amplitud de la ley o disposición puede derivar del bien jurídico tutelado o de la naturaleza de los medios adoptados o de los efectos producidos, o bien de que aquella asuma como elemento o circunstancia calificativa el hecho previsto por la otra ley"³⁴²

Dicho de otra manera, esta relación de consunción se presenta cuando un delito engloba otros hechos ya de por si constitutivos de delitos, que no se castigan autónomamente porque su desvaloró va incluido, ya en el desvaloró del delito que forma parte.

³⁴¹ Pavón Vasconcelos. Concurso Aparente de Normas. Editorial Porrúa. México 1994. 4ª edc. p 239.

³⁴² Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edc. p 147.

El Maestro Pavón Vasconcelos al citar a Soler, nos dice que este último afirma que en la relación de "Consunción" a la Exclusión "no se produce en razón de que los valores sean equivalentes", sino porque "en uno de ellos hay una valoración tan francamente superior que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo".³⁴³

Así dentro del proceso ejecutivo de un delito, dos normas pueden encontrarse en relación de "medio" a "fin". Debiéndose destacar que "el medio es siempre accesorio del fin" según manifiesta el Jurista Jiménez de Asúa.³⁴⁴

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

Este principio establece que la norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable, encontrándose así el Lex primaria Derogat Lex Subsidiariae.

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 que se aplica la ley principal".³⁴⁵

A este respecto el Argentino Soler, citado por Pavón Vasconcelos, expresa: "que una figura es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación esta condicionada a que no sea de aplicación de otra figura (subsidiaridad expresa, o cuando una figura entra en la composición de otra como un elemento constitutivo o circunstancia agravante y no como delito-tipo (subsidiaridad tácita)".³⁴⁶

³⁴³ Pavón Vasconcelos. Concurso Aparente de Normas. Editorial Porrúa. México 1994. 4ª edo. p 145.

³⁴⁴ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3ª edo. p 147.

³⁴⁵ Pavón Vasconcelos. Concurso Aparente de Normas. Editorial Porrúa. México 1994. 4ª edo. p 168.

³⁴⁶ Ibidem. Op. Cit. p 171.

EL PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

Este principio se refiere a cuando las Normas concurrentes protegen el mismo interés jurídico, aún cuando sus elementos constitutivos no sean idénticos.

Cabe hacer mención respecto del criterio que contenía el ya derogado artículo 59 del Código Penal para el Distrito Federal, respecto de la aplicación de la sanción mayor, en este respecto; que a la letra preceptuaba:

"Artículo 59.- Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor".

Sebastián Soler, nos dice Jiménez Huerta, explica que en ocasiones la alternatividad se produce como consecuencia de la equivalencia de las valoraciones contenidas en la Ley Penal, de tal manera que resulta indiferente la aplicación de una u otra norma. " Los tipos son siempre incompatibles y se excluye (por tanto) toda posibilidad de aplicación simultánea, porque cualquiera de ellos es suficiente para alcanzar el grado de penalidad y a este le es indiferente que además de uno de los tipos, se haya también ejecutado la acción correspondiente al otro tipo, claro esta, sea ello con un solo hecho o no ".³⁴⁷

Al respecto Puig Peña, enseña que " Existen impremeditadas duplicidades del Legislador . . . impaciencias del mismo . . . ansias de disciplinar los supuestos en su totalidad, reiterando el disciplinamiento del caso, aún condición diversa para que las gentes no se entreguen al olvido de la sanción ".

Así cuando el robo sea cometido en condiciones de desventaja (cometido por dos o más personas, por medio de la violencia, asechanza, . . .) respecto de la víctima el cual visto desde una perspectiva anterior a esta adición puede parecer que encuadra bajo diversas

³⁴⁷ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p 156-157

Razón por la cual estamos frente a un *concurso aparente de normas Jurídico Penales*, ya que sí el bien jurídico protegido (patrimonio) va a ser el mismo que el verbo rector (apoderamiento, que diferencia de otros tipos a este grupo) que establece el contenido del tipo, aunque en caso del párrafo del artículo 371 va a depender de las " circunstancias " adicionales a la figura (tiempo, modo, lugar, ocasión, calidad en los sujetos de la relación criminal) que constituyen elementos típicos.

El Legislador ha constituido "Tipos" casuísticos respecto al injusto en comentario, demostrando una ya habitual carencia de técnica Jurídica y que a decir, que un robo con violencia cometido por dos o más sujetos puede ser realizado bajo diversos casos que contempla con antelación el Código Penal para el Distrito Federal, respecto del Robo y que a saber son:

- 1.- Cuando la víctima se encuentre a bordo de un transporte público (fracción VII del artículo 381);
- 2.- Que los activos se encuentren armados o porten objetos peligrosos, en el cual se presenta de manera indubitable la violencia moral como ya se mencionó en el capítulo anterior (fracción IX artículo 381);
- 3.- Que se cometa en un banco (fracción X artículo 381), además de que al hablar de la violencia como medio para la comisión del latrocinio, nos remiten a los numerales 372, 373, y 374 del multicitado cuerpo Legislativo.

Ahora bien por lo que respecta a la "solución" a este conflicto, se llevaran a cabo por medio de una correcta interpretación de los preceptos a los casos concretos; y que a decir de la utilización de los principios de especialidad y absorción respecto de la dinámica controversial que implica de suyo, la aplicación del párrafo tercero del artículo 371 del Código sancionador, sobre otros supuestos que pretendan regir dicha conducta.

Es importante recalcar que dicha solución esta confiada a la libertad del órgano aplicador, quien dispone en estos casos, de un verdadero poder discrecional.³⁴⁸

Pudiendo utilizarse para ello y en nuestra opinión el principio de absorción, ya que el tipo penal motivo del presente, posee la protección a una entidad de mayor protección jurídica que en otros casos y que va a absorber a los otros casos " análogos ", sin descartar como ya dijimos al principio de especialidad.

Además de que la verdadera importancia (según la opinión de muchos) sobre la aplicación o no del tipo penal previsto en el párrafo tercero del multicitado artículo, estriba en una pena mayor respecto de otros tipos de robo (de cinco a quince años de prisión); además de la nugatoria libertad procesal del activo, por estar considerado como un delito grave dentro del catálogo que establece el Código adjetivo penal vigente en el Distrito Federal.

Y aseverando que el conflicto de normas, es solo en apariencia, tal y como se ha precisado con anterioridad.

Asimismo en este orden de ideas, cabe señalar lo que nuestro máximo Tribunal ha resuelto al considerar que en el "Robo Calificado, son aplicables las penas correspondientes con las del nuevo Tipo Penal previsto en el artículo 371, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal." Al definir que 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.³⁴⁹

³⁴⁸ Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Op. Cit. p 140. Cfr. Tamayo y Salmorín. Diccionario Jurídico Mexicano . p 619. Así que la interpretación juega un papel trascendental.

³⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª Época. Tomo: V, Marzo de 1997. Tesis: L3o.P.21 P
Página: 844

4.2 - ASPECTOS POSITIVOS

Los elementos del tipo Penal de robo previsto por el párrafo tercero del artículo 371 del Código Punitivo, según establece el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor y que a la letra dice:

" Artículo 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción Penal; y la autoridad Judicial, y a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la Ley señale como delito.

En los casos en que la Ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

1. CONDUCTA

ACCION.- Esta va a consistir en un actuar positivo y voluntario consistente en el apoderamiento de cosa mueble ajena por dos o más sujetos 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 afectación de los Bienes Jurídicos tutelados. En el injusto que nos ocupa (descrito por el tercer párrafo del artículo 371) se lesiona además del bien jurídicamente tutelado por la norma punitiva, como lo es el patrimonio de (l) ofendido (s); además de la lesión o puesta en peligro de la integridad corporal del pasivo.

Al respecto, existe al momento de interpretar la disyuntiva de estos medios comisivos, ciertas confusiones al interpretar lo que el Legislador quiso decir al establecer que el apoderamiento se realice por medio de **cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja** para lo cual, nuestro máximo Tribunal, ha resuelto al respecto el siguiente criterio.

" ROBO CALIFICADO. ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA 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 acechanza; 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 acechanza, 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, se

*debió haber redactado el párrafo de referencia de la siguiente manera: "... a través de la violencia, la acechanza, 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".*³⁵⁰

2. FORMA DE INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS ACTIVOS

Por lo que hace al delito de robo y que nos ocupa, la participación de los sujetos activos en la comisión del mismo, se pueden precisar solamente en los términos señalados por el artículo 13 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal (conjuntamente), acreditando que los inculcados desplieguen conjuntamente la acción delictiva que se les imputa, teniendo pleno dominio de los hechos en los cuales ejercieron la violencia (física o moral), lo cual fue aprovechado por los mismos para desposeer al ofendido de los objetos de su peculio.

Pero que sucede cuando en los hechos delictivos intervienen dos sujetos y uno de ellos es inimputable, al respecto para que se actualice la conducta típica descrita en el artículo 371, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, que requiere para su consumación que el robo sea cometido por dos o más sujetos a través de la violencia, disminuyendo las posibilidades de defensa de la víctima y poniéndola en condiciones de desventaja, es por ello que es preciso que las personas que intervengan se encuentren dentro de la esfera del Derecho Penal.

De tal suerte que si un adulto que comete el robo concurre con un menor de edad, la figura delictiva antes descrita no se actualiza, porque la imputabilidad es el presupuesto necesario para tener por comprobada la culpabilidad y, en todo caso, los hechos típicos de la conducta del menor al infringir las Leyes Penales, lo hace acreedor a un tratamiento especial en los Consejos para los Menores Infractores del Distrito Federal, según lo disponen de manera expresa los artículos 1o. y 6°. de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Luego

³⁵⁰ Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª Época. Tomo VIII. Diciembre de 1998. Tesis 1.1o. P. J/11. Página: 1001

entonces, desde el punto de vista legal nada impide que un menor de edad pueda integrar la pluralidad de sujetos activos ya apuntada, a pesar de que su conducta-infracción, debido a su coparticipación delictual, esté sujeta a un régimen jurídico diverso al del Derecho Penal, para su corrección.³⁵¹

De lo anteriormente establecido podemos afirmar que el elemento constitutivo del delito con respecto a la participación de dos o más sujetos activos contenidos en el Tipo Penal del delito de robo especial cualificado, materia del presente estudio, únicamente requiere para su actualización de la participación de esa pluralidad de sujetos, pero sin condicionarlo necesariamente a que todos sean mayores de edad.

Por lo que la circunstancia de que alguno de ellos sea inimputable, como ya se ha dicho, por su minoría de edad no trasciende jurídicamente cuando su coparticipación directa y eficiente, o en cualquier forma, conllevó, con la del otro sujeto activo mayor de edad, a la realización de ese delito de robo, ya que tanto dentro del mundo fáctico como del jurídico no se puede ignorar o soslayar la intervención activa y decisiva de ese menor para la obtención del resultado lesivo, pues aun cuando la imputabilidad debe considerarse como la aptitud legal de ser sujeto de aplicación de las disposiciones Penales y, consecuentemente, como la capacidad Jurídica de entender y querer en el campo del Derecho Penal, es inadmisibles aceptar que con la conducta de un menor de edad no se violen o se puedan violar materialmente las Leyes Penales locales o federales, con la salvedad de que cuando ello acontece, la acción u omisión que despliega se denomina infracción, pero se asimila a la conducta que tipifican como delito las Leyes Penales.³⁵²

REALIZACION DOLOSA

Consistente en que los activos conociendo (conocer) que se conducta es contraria a Derecho, quisieron (querer) la concreción de su conducta sin importarles otra cosa; además actuando sin que concurriera alguna justificación en su proceder.

1.- Calidad específica del sujeto activo

Esta figura no la requiere, ya que cualquier persona puede serlo.

³⁵¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª Epoca. Tomo VI, Septiembre de 1997. Tesis: I.3o.P.27 P. Página: 729

³⁵² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª Epoca. Tomo VI, Diciembre de 1997. Tesis: I.2o.P.21 P. Página: 692.

- **Pluralidad Especifica.-** La figura típica que en el presente nos ocupa, requiere por lo menos de la intervención de dos sujetos conjuntamente, que lo cometan a través de la violencia.
- **Calidad del Sujeto Pasivo.-** En este tipo Penal no se requiere calidad, ni pluralidad específica, ya que cualquiera puede serlo.

2.- Resultado y Atribución

El resultado en el presente tipo, consiste en la salida de un bien mueble de la esfera de dominio del sujeto pasivo (disminución del patrimonio), llevada a cabo a través de la violencia por parte de los ladrones; consistente en la entrada de un bien mueble en la esfera de dominio de estos últimos.

3.- Objeto Material

Es posible determinar, que el actuar de los inculpados se encuentra dirigido sobre: la corporeidad del pasivo para ejercer la violencia, sobre el bien mueble del patrimonio del ofendido.

4.- Medios Utilizados

Por lo que hace a los medios, la figura típica que nos ocupa, en la que se acredita que los sujetos activos actuando conjuntamente y ejecutando la violencia, la asechanza, o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en desventaja despojaron al pasivo de una cosa mueble, y que pertenecía indubitablemente a un sujeto distinto que al delincuente.

5.- Circunstancias de Lugar, Tiempo, Modo y Ocasión

La presente figura en estudio no requiere la acreditación de circunstancia alguna de ejecución para su configuración.

6.- Elemento Normativo

Referente a la apropiación de "cosa mueble ajena", "sin derecho y sin consentimiento" a través de la violencia, "la asechanza", o cualquier circunstancia que "disminuya las posibilidades de defensa de la víctima" o la ponga en "condiciones de desventaja", por dos o más sujetos.

7.- Elemento Subjetivo

El elemento subjetivo relativo al dolo, se acredita plenamente, al desprenderse la manera dolosa en que los inculpados dirijan su actuar a la realización del fin que se propusieron, y aceptando los fines ilícitos consecuentes, mismos que resultan ser la transgresión o puesta en peligro de bienes como la vida o la integridad corporal; así como en el detrimento del patrimonio del pasivo del delito.

Toda vez que los sujetos activos quisieron y aceptaron la conducta que se encuadra en la descripción típica del ilícito de robo cuando es cometido por dos o más sujetos por medio de la violencia, y sin importar el monto de lo robado.

Además del ánimo de apropiación (especial elemento subjetivo), consistente en que al efectuar el apoderamiento de manera injusta con el fin de que la cosa ajena mueble entrara a su esfera de dominio para actuar sobre ella como si fueran los dueños.

TIPO AUTÓNOMO O COMPLEJO

La piedra angular que da origen a la pregunta que encabeza este apartado se debe a la nada fácil empresa de tratar de vislumbrar si el tipo Penal de robo previsto por el artículo 371 en su párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal es un tipo especial o una agravante para el delito de robo.

Para efectos de lo anterior es necesario escribir nuevamente el párrafo tercero que contiene la descripción típica motivo del presente ensayo.

*** Art. 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 de 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 “.

CLASIFICACION

A pesar de las diversas clasificaciones que se han realizado en torno al tipo, utilizaremos la que realizó el insigne Don Fernando Castellanos Tena³⁵³, y que para los efectos que se pretenden nos parece la mas adecuada, y a este respecto, las clases de acuerdo a su ordenación metodológica se integran por los tipos fundamentales o básicos, especiales, y complementados; y los tipos en torno a su función de autonomía o independencia se integran por los autónomos y los subordinados.

Respecto a la primera clasificación, los tipos fundamentales o básicos son aquellos que no derivan de ningún otro y cuya existencia es independiente de cualquier otro tipo, constituyendo en opinión de Mezger, según cita el Maestro Porte Petit es “ la espina dorsal de la parte especial del Código Penal.”³⁵⁴

El mismo autor continúa enseñando, por medio de las palabras de Maggiore que el “ tipo básico es el que se presenta en su puro modelo legal, sin más características que los esenciales delicti o bien, como estaima Novoa, son aquellos que contienen una descripción que sirven como base a otros tipos derivados “. esta clase de tipos puede presentarse de manera cualificada o privilegiada.

³⁵³ Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p 169 y sig.

Los especiales son aquellos tipos que nacen con vida propia al sustituir o agregar, uno o varios elementos, al respecto la autorizada opinión del Maestro Luis Jiménez de Asúa, que considera que " 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, y concluyendo el citado que, este (el especial) y el básico se eliminan mutuamente.³⁵⁵

El tercer grupo dentro de esta clasificación (tipo complementado o complejo) se integra cuando se conjunta el fundamental o básico; al cual se le añade una circunstancia que no obstante no integra un delito autónomo³⁵⁶, o como lo menciona la Doctora Olga Islas, " el tipo complementado es el que surge con vida subordinada al sustituir o agregar, uno o varios elementos en el fundamental "³⁵⁷, y no obstante los tipos especiales y complementados pueden presentarse de una manera cualificada o privilegiada según la pena aplicable.

Resulta de vital importancia el diferenciar claramente entre el tipo especial y el complementario, y respecto al primero, este necesita para su existencia del tipo básico, empero, tiene autonomía propia, sustantividad, volviéndose independiente; por su parte, el tipo complementado, aunque necesita igualmente del tipo básico para su existencia no tiene autonomía.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado con una óptica similar a la antes expuesta que:

"... Desde un punto de vista doctrinario, estos se han clasificado en básicos, especiales y complementados. Los básicos se estiman 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 (refiriéndose a la pena) y obliga a

³⁵⁴ Porte Petit Candouap. Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal. Editorial. Porrúa p 448.

³⁵⁵ Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal (la Ley y el Delito). Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, 3° edc. p 259.

³⁵⁶ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. p 97

subsumir los hechos al tipo especial ", de tal manera que este elimina al básico; por último los tipos complementados, presuponen la aplicación del tipo básico al que se le incorporan³⁵⁸

En atención a la segunda clasificación mencionada respecto a su autonomía o independencia, estos se integran de dos grupos los cuales son los llamados autónomos y los subordinados, respecto de los primeros, son aquellos que tiene vida propia, sin depender de ningún otro tipo.

Jiménez de Asúa considera, que son tipos autónomos aquellos que están solos y no se relacionan con otros, Aunque para Porte Petit son Autónomos tanto los básicos como los especiales. Mientras que para Mezger y Jiménez de Asúa, opinan lo contrario, ya que el primero considera al especial como sui generis en contraste con el básico.³⁵⁹

Por su parte los subordinados, son aquellos que dependen de otro tipo, tal y como lo menciona Jiménez de Asúa, " demandan el cumplimiento de los básicos , . . . (por lo que) si falta en los hechos la posibilidad de adecuación al tipo básico que ha de complementar al tipo especial subordinado, no podrá subsumirse en este " .³⁶⁰

Nuestra opinión, radica en considerar al tipo Penal motivo del presente ensayo como un **TIPO ESPECIAL (de suyo autónomo) CUALIFICADO DE ROBO CON ALEVOSIA** y no como es considerado por una gran parte de los Juristas, es decir, como un tipo complementado cualificado, por las consideraciones que expondremos a continuación.

Al denominar este Tipo Penal, como un " **Tipo específico de Robo agravado con alevosía y como tipo autónomo** ", es en virtud de cómo previamente se ha establecido, las características de ejecución de este delito, como lo son la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja hay que establecer inicialmente las intenciones del legislador el definir cada una de estas circunstancias.

³⁵⁷ Islas de González Mariscal Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida. Editorial. Trillas México 1991. 3ª edo. p 53. Cfr. Porte Petit. Op. Cit p 451.

³⁵⁸ Seminario Judicial de la Federación, Tomo XV, p 68, Sexta Epoca. 2ª parte.

³⁵⁹ Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit p 259

³⁶⁰ Ibidem p 259.

Para lo cual debemos remontarnos al concepto intrínseco de estas circunstancias; cabe hacer el señalamiento de que en el mismo Código Penal para el Distrito Federal encontramos la respuesta a esta interrogante, es de esta forma como la misma ley se encarga de precisar que la violencia en el robo, únicamente puede ser aplicada en las personas como previamente establecimos en el capítulo que antecede y que define a los tipos de violencia en (física o moral), al decimos en el artículo 373 lo siguiente:

" Art. 373.- La Violencia a las Personas se distingue en Física y Moral.

Se entiende por VIOLENCIA FISICA, en el robo; la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Se entiende por VIOLENCIA MORAL, cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo "

Ahora bien por lo que respecta a la "Asechanza", cabe hacer la mención que por este concepto debe de entenderse según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como " el engaño o artificio para hacer daño, así como el acto de seguir constantemente " ³⁶¹

Del anterior concepto cabe hacer la indicación de lo que el Código Sustantivo de la materia nos dice en el numeral 318 que a la letra refiere:

" - Art. 318.- La alevosía consiste; en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando la asechanza u otro medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera evitar "

En este orden de ideas, podemos afirmar que el concepto radicado como medio para cometer el delito de robo contemplado en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal y la definición de alevosía proporcionada por el numeral 318 de dicho

³⁶¹ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Editorial Selecciones Reader's Digest. Tomo I p 275

ordenamiento es muy similar, incluso podemos tomarnos el atrevimiento de decir que es la misma, de ahí el por que tenemos la intención en el presente trabajo, el denominar al tipo previsto por el artículo 371 párrafo tercero como un " **TIPO ESPECIFICO DE ROBO AGRAVADO CON ALEVOSÍA COMO TIPO AUTÓNOMO** " al respecto y tocante al tema del concepto de Alevosía , cabe hacer el señalamiento de que existen varias y muy variadas formas de integrar esta calificativa, pues no es lo mismo emplear la sorpresa intencional de improviso, que usar la asechanza.

La sorpresa en la primera hipótesis se da en virtud de actuar intencionalmente de improviso, sin que la víctima tenga manera de defenderse ni de evitar el mal. La asechanza implica en cambio el empleo de un ardid, es decir, la forma de poner una trampa para hacer caer en ella a la víctima y así sorprenderla para que no tenga manera de defenderse ni de evitar el mal. De este modo, se incurre en la calificativa de alevosía por asechanza, cuando el agente, para poder ejecutar su letal propósito, se vale del ardid de enviar a una persona, para comunicar al ofendido que alguien lo busca, sin proporcionar su nombre, victimándolo al salir del lugar en que se encontraba, pues es obvio que el sujeto pasivo, no hubiera abandonado el sitio o refugio en que se hallaba de haber sabido que era su enemigo quien lo llamaba.³⁶²

Ahora bien cabe señalar que existen dos clases de alevosía:

1.- La primera, consiste en la sorpresa intencional de improviso o asechanza de la víctima, figura que coincide siempre con la premeditación, puesto que requiere actos preparatorios; y

2.- La segunda, en el empleo de otros medios que no le den lugar a defenderse ni evitar el mal, pero esta forma del eleve siempre coincide con la calificativa de ventaja, y si no existió ésta, debe expresarse que la alevosía tampoco se encuentra plenamente configurada.

En otro orden de ideas, se ha establecido que existe alevosía, cuando se sorprende intencionalmente a alguien de improviso o empleando asechanza.

Ahora bien, por empleo del adverbio "intencionalmente", debe entenderse, que exista sorpresa intencional de improviso y no sorpresa ocasional, por lo que sólo se da la calificativa de alevosía, no cuando la víctima sea atacada sorpresivamente, sino cuando esa sorpresa es

³⁶² Seminario Judicial de la Federación. 7ª Época. Tomo: 193-198. Segunda parte. Página 9

preparada y procurada por el agente activo, esto es, en actividad pre-ordenadora consistente en una parte; por espera del momento oportuno para atacar el victimario a sus víctimas y por otra, en acto buscado y preparado para ejecutarlo llegado el momento en forma repentina, instantánea, pasionalmente explosivo, obrando el sujeto activo con dolo de ímpetu; consecuentemente, si en autos no llegó a demostrar que el quejoso se aprovechara del momento oportuno buscado por él para que la ofendida no pudiera eludir el ataque, es claro que no se da la calificativa de alevosía, y por ende, lo que procede es conceder el amparo para que se elimine esa calificativa.³⁶³

En otro orden de ideas, y en tratándose de las sanciones establecidas para este Tipo Penal, podemos afirmar que la penalidad para el delito de robo, contemplado en el artículo 367 es en base al monto de lo robado, como ya se ha precisado a lo largo de éste ensayo en el numeral 370. Por lo que al aplicar la clasificación doctrinal respecto de los tipos penales ya mencionados, este ilícito se encuadra en los denominados "fundamentales o básicos", caracterizándose porque de ellos se desprenden otras figuras al agregarle nuevos elementos, como acontece en los tipos "especiales", que surgen como figuras autónomas con su propia penalidad (en este caso mayor respecto del fundamental).

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a establecido que las penas aplicables son independientes al tipo básico del delito:

"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, acechancia 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 éstas sólo atienden al monto de lo robado, mas no al número de sujetos, su peligrosidad, la violencia empleada o el riesgo para la víctima."³⁶⁴

³⁶³ Semanario Judicial de la Federación. 7ª Época. Tomo 205-216. Séptima Parte. Página 292.

³⁶⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, Julio de 1997. Tesis: I.3o.P. J/6. Página: 332

Por consiguiente la punibilidad contenida en este párrafo tercero, misma que sanciona más severamente los ilícitos de robo que se cometan bajo las circunstancias calificantes que dicho precepto prevé, con independencia del monto de lo robado, excluye la del robo de acuerdo al monto, prevista en el artículo 370 del código punitivo citado, pues de imponer ambas sanciones por los mismos hechos, se estaría sancionando de manera indebida doblemente una sola conducta.³⁶⁵

Por lo que corresponde a este grupo de tipos especiales del párrafo último del multicitado artículo 371, al delito de robo se añaden las circunstancias (especializadoras) de que sea cometido por dos o más sujetos por medio de la violencia, la asechanza o cualquiera otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la pongan en condiciones de desventaja sin importar el monto de lo robado y el cual fija una pena más severa que otro tipo de robo (cinco a quince años de prisión) ya que para el Legislador esta conducta constituye una acción de enorme gravedad por el aprovechamiento de la situación de ventaja en la que es cometido, y a la que se refiere en su exposición de motivos de la iniciativa que le dio origen (cometido por dos o más sujetos por medio de la violencia . . .).

Con lo cual este tipo de latrocinio, se presenta como una excepción a la regla de atender al monto de lo robado, lo cual como ya lo mencionamos en el capítulo anterior de este ensayo es inadecuado, por lo que el Legislador intentando remediar de alguna manera esa falla ha creado esta figura, y a este respecto nos ocuparemos más adelante al hablar de las ratios.

Ahora bien en otro orden de ideas, los tipos conocidos como " complementados circunstanciados ", (que como ya dijimos pueden ser cualificados o privilegiados, según el aumento o disminución de la pena respecto del tipo básico), se integran cuando a la figura fundamental se le adicionan otros elementos, pero que sin que se conforme un tipo autónomo, sino que subsiste el fundamental. En el sentido de que se aplica la pena del delito básico el de la conducta que la complementa o la califica (pena plus).

Por lo que resulta de vital importancia el recalcar, que una nota de distinción en estos tipos tal y como lo ha establecido nuestro más alto Tribunal, estriban en que " la distinción de estos tipos (básicos y especiales), consiste en que el Legislador precisa las hipótesis en la que

³⁶⁵ Sumario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Septiembre de 1998. Tesis: L10.P.44 P.
Página: 1208

a la pena correspondiente a un delito se le puede aumentar otra ". Tal es el caso del robo calificado por la violencia (artículo 367 en relación con el 372 del Código represivo), que se encuentra dentro de la clasificación de los tipos complementados agravados ³⁶⁶, de manera que a la sanción prevista para el robo simple, se le suma la de la calificativa prevista.

Además de que en el catalogo de los delitos graves, previstos en el artículo 268 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal en vigor, se incluye dentro de esta lista al mencionar que se considera como tal al " robo, previsto en el artículo 371 párrafo último . . . " a pesar de que existe el criterio que señala que el estar dentro de esta clasificación, de ningún modo permite el poder considerar que se trata de un tipo especial, lo cual es sostenido por la mayoría de las Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Por lo que el multicitado párrafo tercero del artículo que nos ocupa en ninguna parte de su texto, manifiesta la necesaria precisión que ordene que se aumente a esta pena otras respecto del robo; tal y como lo refieren expresamente los artículos 372, 381 y 381 bis al establecer, " además de la pena que corresponda conforme a los artículos 370 y 371 (la ya mencionada regla de la cuantía), se aplicarán al delinciente hasta cinco años de prisión, . . . "; " sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deban imponerse, se aplicaran de tres días a diez años de prisión . . . " según lo precisan respectivamente.

Por lo que resulta patente en este caso que el tipo de robo previsto en el párrafo último del precepto en análisis, se debe únicamente imponer la pena específica para este tipo de robo cuando sea cometido con violencia y por dos o más sujetos, por tratarse de un tipo Especial Cualificado. De manera que el ilícito que nos ocupa no constituye de ninguna manera una agravante, sino que se trata de un delito autónomo que establece su propia penalidad, y de ninguna manera una agravante que debe relacionarse con el robo simple (obviamente en razón de la sanción).

Toda vez que fue confundida la técnica Jurídica con la Legislativa, ya que esta toma como base siempre a un tipo básico.

Lo anteriormente precisado, de acuerdo a las características que particularmente le fueron asignadas por la Legislación penal en comentario, y a pesar de lo manifestado en la exposición motivos y en el dictamen único a las iniciativas del decreto que reformó, adicionó y

³⁶⁶ Semanario Judicial de la Federación. Tesis de Jurisprudencia 5/94 (robo con violencia es un tipo especial cualificado (

derogó diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal, suponiendo sin conceder que el Legislador en la hipótesis descrita en el párrafo último del artículo 371 como una agravante del delito de robo, debemos recalcar que lo que permite que un tipo Penal sea considerado dentro de una clasificación no son consideraciones del reformador permanente en la etapa legislativa, sino las características propias del ilícito Penal.

En el mismo documento se precisa (de manera equivocada) en su apartado denominado " modificaciones legales propuestas. I., al Código Penal ", en su punto 9 " cambio a las descripciones típicas ", inciso b), señala; " b) Robo se establece una agravante, cuando el robo se realice de forma que se coloque a la víctima en una condición de desventaja . . . " ,precepto respecto al que más adelante en el punto XXV, mencionan " . . . (que es) pertinente disminuir la pena de prisión para el caso de robo con agravantes, . . . " p. 18 y 45 " de acuerdo a la ratio legis, el espíritu debe deducirse de la disposición o Instituto respectivo y no de sus elementos externos " .

Por lo que el legislador con toda su supina ignorancia, pero con la mejor buena fé, ha confundido a la técnica jurídica con la técnica legislativa (ya que es esta última se visualiza como base al artículo 367 del multicitado código).

Aunado a todo lo anterior, que si al tipo motivo del presente ensayo se le considera como una agravante, entonces se debería aplicar la sanción que para el robo simple se tiene (en base a la cuantía y previsto en el numeral 370 del código sancionador), más la pena plus de la (según muchos llamada) agravante. Por lo que es de destacarse que a todas luces el párrafo del multimencionado artículo 371, no ordena de ninguna, manera se aumente la penalidad de éste al otro (de cinco a quince años de prisión), lo cual a todas luces sería conculcatorio de garantías Constitucionales y procesales del sentenciado.

A este respecto, la Suprema Corte de Justicia, se ha manifestado de la siguiente manera " para que a la penalidad que se impone por la comisión de un delito se le aumente otra penalidad, por cualquier modalidad es menester que exista precepto legal que así lo ordene, . . . sistema que se advierte en la forma de individualizar la pena de robo con violencia en el Código Penal Federal en el artículo 372, precepto que contiene una pena adicional cuando el robo se cometa con violencia, . . . " .

Por lo que es necesario recordar que el tipo penal motivo del presente estudio, constituye una excepción a la regla para la aplicación de la pena en cuanto al robo se refiere, al mencionar de manera expresa "... sin importar el monto de lo robado ...", por lo que con esto se excluye toda posibilidad de aplicar como pena base lo dispuesto por el artículo 370 y como plena plus la del artículo 371 párrafo último.

Por lo que además el legislador al mencionar de manera expresa en el texto el "sin importar el monto de lo robado", hace evidente que la técnica adoptada (al parecer sin esa intención) por este precepto es distinta a la seguida por los demás tipos de robo previstos en el mismo cuerpo legislativo.

Ya que no podemos de ninguna manera considerar a este tipo de robo (cometido conjuntamente mediante la violencia) dentro del grupo de los complementados en los que encuadran sin lugar a dudas, los latrocinios previstos bajo las hipótesis de los artículos 372, 381 y 381 bis del cuerpo legislativo en estudio, de los cuales se agarava la pena respecto del tipo simple.

Queremos dejar en claro nuevamente que al considerar como tipo especial calificado al ilícito previsto en el último párrafo del artículo 371, no pretendemos realizar diferencias respecto del hurto y robo, tal y como lo hacen las legislaciones extranjeras, sino que la consideración a este nuevo tipo, estriba en tomar en consideración a las características propias, y no en atender a las consideraciones de nuestro legislador patrio.

Por lo antes expuesto, y como colofón del presente apartado diremos, que el tipo penal de robo previsto por el artículo 371 en su tercer párrafo del multicitado Código Penal vigente, es un tipo especial (autónomo) cualificado.

LA ABSORCIÓN DEL ROBO CALIFICADO Y CON VIOLENCIA

El tipo penal de robo previsto por el artículo 371 tercer párrafo y motivo del presente estudio, al precisar en su redacción como necesario para su integración, que la conducta típica sea llevada a cabo por dos o más sujetos por medio 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, presenta una "entidad valorativa" que absorbe en algunas ocasiones al robo calificado (previsto por el artículo 381 con excepción de las primeras seis

fracciones, y 381 bis del Código Penal, atendiendo a diversas observaciones expresadas líneas atrás), y con violencia (artículo 372 del ordenamiento legal antes citado), cuando sean cometidos en esas circunstancias o " con esos medios " por dos o más sujetos activos, el porque de esta afirmación, la encontramos en la mayor amplitud de lo dispuesto por el precepto que nos ocupa, ya que dentro de la composición de este ilícito se engloban a otros hechos, de por si ya constitutivos de otros injustos, tal y como son las agravantes ya mencionadas respecto del robo, además de que , el desvalor de estos va incluido ya en aquel.³⁶⁷

Ahora bien que sucede en este aspecto con la " Cuantía " y con la " PANDILLA", para ello es imperioso el precisar, que este tipo penal motivo del presente estudio, al establecer un tipo especial (autónomo) y cualificado de robo, presenta una excepción a la regla general que se aplica en cuanto al robo se refiere, y que establece como pena base para el delito de robo (simple), la cual atiende estrictamente al valor de la cosa sobre la que recae la acción criminosa (y de lo cual se ha venido haciendo patente desde el principio de este ensayo), motivo por el cual es evidente que nuestro Código represivo, establezca como parámetro para la pena la cuantía.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la siguiente Tesis de Jurisprudencia al establecer que:

" Para la aplicación de la pena a imponer al sentenciado que cometió el delito de robo agravado con la calificativa de pandilla el juez natural debe realizar la individualización correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 370 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el artículo 164 Bis del mismo ordenamiento legal, toda vez que el primero de los numerales citados señala las penas a imponer por el delito de robo de acuerdo al monto de los objetos materia de apoderamiento y, el segundo, la pena aplicable por la calificativa de pandilla, que debe ser aumentada hasta en una mitad más por ésta agravante, tomando como base para su aplicación la pena que corresponda al tipo básico previsto en la ley, es decir,

³⁶⁷ Al respecto véase el principio de absorción.

aumentando los límites mínimos y máximos que señala el artículo 370 del Código Penal en cuestión, tanto de la prisión como de la multa, y no las penas impuestas al sentenciado ya individualizadas por el delito de robo.³⁶⁸

Ahora bien al tratarse de tipos complementados por la agravante de los sujetos que intervinieron en el hecho (pandilla), tiene preferencia respecto de ésta, en cuanto a su aplicación, la regla especial referida al delito de que se trate (en la especie, robo cometido por tres o más personas armadas, y no por pandilla), tomando en cuenta que ambas calificativas operan en función del número de protagonistas, aunque sólo uno de ellos estuviese armado, pues por el acuerdo previo y debido a esa circunstancia, es que se vence la resistencia de la víctima, por lo que de aplicarse además la pandilla, se estaría recalificando la conducta del acusado con evidente violación a sus Garantías Individuales.³⁶⁹

El criterio utilizado para la punición en los demás tipos de robo, erróneamente (como ya lo mencionamos) considera más peligrosa a la conducta y a la penalidad del sujeto que se apodera de objetos de un mayor valor, que el que se apodera de los de un valor escaso; lo cual es totalmente anacrónico, ya que lo correcto, y en lo que atinadamente precisa el legislador en su exposición de motivos de la iniciativa que dio origen al nuevo tipo penal que nos ocupa menciona que :

* la delincuencia recurre cada vez más a la violencia como medio para lograr su objetivo
actualmente. . . la comisión de estos delitos (refiriéndose al robo) se percibe un aumento drástico del uso de la violencia *.³⁷⁰

³⁶⁸ Semanario Judicial de la Federación. 8a Época. Tomo: 68, Agosto de 1993. Tesis: I. 3o. P. J/4 Página: 31

³⁶⁹ Semanario Judicial de la Federación. 8ª. Época. Tomo: IV Segunda Parte-1. Páginas: 135

³⁷⁰ Exposición de motivos de la iniciativa de ley. Presentada por el Presidente de la República, en fecha 18 de marzo de 1996 pp. 2 y 3.

Por lo que es evidente que la adición que nos ocupa busca sancionar severamente la muy común cantidad de robos de una cuantía menor, con la que se obtenían beneficios por parte de los delincuentes.

Los beneficios más comunes ha que se refiere, se basan en criterios que atienden al monto de lo robado, es decir que los inculpados pueden obtener fácilmente su libertad bajo caución debido a la poca cuantía; empero, el tipo penal motivo del presente ensayo se basa en criterios que consideran al número de sujetos, su peligrosidad, la violencia empleada y el riesgo corrido por la víctima, por lo que el ilícito en estudio lo encontramos considerado como DELITO GRAVE, lo cual se traduce en la negativa para obtener su libertad procesal.

Así pues en la actualidad, nuestro tipo penal de robo, cometido conjuntamente y bajo condiciones de desventaja de la víctima, no contempla el valor de lo robado, de manera similar y análoga podemos mencionar que existe un tipo penal en el código del Estado de México que se encuentra en vigencia en el artículo 301 en su párrafo segundo que establece lo siguiente:

* ART 301.- . . .

Se impondrá de nueve a veintidós años de prisión y multa de uno a tres veces el valor de los robados sin que exceda del mil días de multa, si la conducta antes descrita (refiriéndose al robo a casa habitación) se ejecuta con violencia independientemente del valor de lo robado".

¿ Y LA PANDILLA ?

En principio debemos atender a la definición de " pandilla ", la cual es una agravante prevista en el numeral 164 bis, párrafo segundo de nuestro Código penal en el que se establece:

* Art. 164 bis.- . . .

Se entiende por pandilla, . . . , la reunión habitual ocasional o transitoria, de tres o más personas que

sin estar organizadas con fines delictuosos cometen
algún delito " .

La penalidad señalada en el anterior precepto, se aplicará a sus integrantes hasta " una mitad más de las penas que correspondan por el o los delitos cometidos ", precisa la parte primera de dicho numeral.

Por lo que vista la mayor amplitud del tercer párrafo del artículo 371 del multimencionado ordenamiento al expresar, que el robo con violencia, asechanza o circunstancias que disminuyan las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, sin importar la cuantía, sea cometido por dos o más personas, esta absorbiendo con ésta última expresión a la pandilla, ya que lleva intrínsecamente la consideración de que ésta última se " consume y se absorbe " esta agravante en el tipo penal que da nombre al presente trabajo debido al principio de absorción mencionado anteriormente.

INNECESARIA ADICION

Ya se ha expresado que, el artículo 371 del código penal fue adicionado con un tercer párrafo en virtud del Decreto de fecha 9 de mayo de 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 13 del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente de su publicación; decreto mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero Común y para toda la República en materia del fuero Federal.

Al respecto el más alto Tribunal, viendo que en la aplicación del precepto materia de la adición y reforma antes referida, y al considerar que la misma había provocado desde su publicación una gran confusión en la administración de Justicia, se vio en la necesidad de emitir la siguiente tesis de Jurisprudencia en el mes de marzo de 1998 que a la letra dice:

" EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO
PENAL NO CONTEMPLA UN TIPO PENAL ESPECIAL O
AUTÓNOMO, SINO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL

DELITO (LEGISLACIÓN 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 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.", **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.³⁷¹

En este orden de ideas, cabe hacer el señalamiento y expresar nuestra consideración al respecto, para manifestar que ya existía dentro de este cuerpo Legislativo el robo con violencia, que prevé el artículo 372, y las agravantes que califican al robo, cuando este es cometido o acompañado de ciertas circunstancias que enumera nuestro código, en sus artículos 381 y 381 bis; el Legislador con su más exquisita intención, pero empapado de su ya habitual supina ignorancia respecto de la técnica jurídica, al adicionar un tercer párrafo al numeral en cuestión, creó un *Tipo "de formulación casuística alternativa"*, en el cual se incluye la posibilidad de concretizar el núcleo del tipo en estudio, consistente en el apoderamiento 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, que de suyo implica una situación de desventaja respecto de la víctima.

Ahora bien por lo que respecta a los tipos casuísticos alternativos, son aquellos en las que las hipótesis enunciadas se prevén una y otra y son, en cuanto a su valor, totalmente equivalentes... porque para que la tipicidad exista basta con que se realice uno de los casos, a menudo formulados con un verbo cada uno para que la subsunción se realice.

Por lo que, si la intención del Legislador fue el sancionar más severamente los robos cometidos por los medios antes mencionados, este debió (en la misma inteligencia) aumentar las penas a los tipos de robo; y no solo esto, sino que lo más idóneo de acuerdo a una correcta técnica jurídica, hubiera sido adicionar una fracción al artículo 381, o bien en su defecto al adecuar a este respecto la fracción IX de este mismo numeral (referente a cuando el injusto "se cometa por varias personas armadas o que porten objetos peligrosos").

En este mismo tenor de ideas, si de igual manera nuestro Legislador Penal tenía en su intención, el frenar de alguna manera la facilidad con que obtenían la libertad provisional los delinquentes, la mencionada fracción que debió adicionarse o adecuarse al artículo 381, pudo haber sido incluida en el catálogo de los delitos graves, tal y como acontece con el actual artículo 371 en su último párrafo. Por lo que la adición a nuestro artículo 371, implica una amplia fórmula establecida para dicho precepto genérico, e implica un error técnico ya que no haya

³⁷¹ Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª Época. Tomo: VII, Mayo de 1998. Teoría: I.10.P. 1/8
Páginas: 736

razón técnica alguna para reglamentar específicamente situaciones que enraízan en otros numerales al mismo respecto.

Existiendo el párrafo tercero del artículo 371 y el artículo 372, 381 y 381 bis del Código sancionador y refiriéndose ambas hipótesis al latrocinio bajo diversas circunstancias ya analizadas, nos encontramos (nuevamente lo precisamos) ante un caso de concurrencia de normas incompatibles entre sí; una que absorbe; fía del párrafo tercero del numeral 371, y unas que son absorbidas; 372, 381, 381 bis y 164 bis, aplicándose la primera, de acuerdo con el principio de absorción o especialidad; motivos todos ellos por los cuales, consideramos que la adición a que hemos hecho referencia tiene algunos motivos para considerarse como "innecesaria".

Para lo cual pasamos a transcribir lo que nuestro más alto Tribunal señalo mediante la siguiente tesis de Jurisprudencia al mencionar que "En el robo calificado. Son aplicables las penas correspondientes con las del nuevo Tipo Penal previsto en el artículo 371, párrafo tercero, del Código 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."³⁷²

LA RATIOS

Con la expresión *RATIO IURIS*, nos referimos a la razón o causa de una disposición o Institución Jurídica; y al referimos a la causa o razón de la creación de una ley estaremos hablando propiamente de la *ratio legis* o *mens legis*.

³⁷² Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª Época. Tomo: V, Marzo de 1997. Tesis: L3o.P.21 P
Página: 844

Una vez precisado lo anterior, por lo que respecta al espíritu de la ley (el párrafo tercero del artículo 371) éste tiene que ver, que en la actualidad la criminalidad refleja uno de los más altos índices de crecimiento, formas de organización, actualización y violencia .

Ya que de acuerdo con el centro de información de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en 1994 y con respecto al año anterior, se tuvo una incidencia delictiva de 161, 496 delitos con un crecimiento anual del 20.77 %.

Ya lo precisa la iniciativa multicitada en su exposición de motivos que:

" . . . se vive una aguda sensación de que la impunidad prevalece por encima de la ley, y que de la persecución de los delincuentes y la aplicación de sanciones no han dado los resultados que demanda la sociedad agredida por la delincuencia y preocupada por la creciente inseguridad ³⁷³ .

Asimismo, de acuerdo a estadísticas realizadas, se afirma que la incidencia delictiva revela que los índices de criminalidad y delincuencia se han visto incrementados. En 1995 el promedio diario de los hechos denunciados como posiblemente constitutivos de un delito, tuvo un incremento de 35. 36 % en relación con el año anterior, y la incidencia de hechos denunciados de carácter patrimonial, como lo fue el robo de vehículos, a transeúntes, negocios, transportes, repartidores y a casa habitación han tenido y desafortunadamente, contúan teniendo un crecimiento muy significativo y preocupante.

Es importante el recordar a las llamadas cifras oscuras, es decir, el porcentaje de delitos que se cometan y que no son informados a las autoridades.

La misma exposición de motivos de la ya citada iniciativa, nos hace patente el drámatico aumento del uso de la violencia en la comisión de diversos ilícitos cuando menciona:

" . . . se observa que la delincuencia recurre cada vez más a la violencia, como medio para lograr su objetivo. Actualmente (refiriéndose a ese

momento) el promedio diario denuncia como cometidos con violencia, 60 robos de vehículos, 25 a establecimientos mercantiles y 3 a casa habitación, lo que refleja el alto índice de inseguridad que se vive en la capital de la República".³⁷⁴

A este respecto presentamos el siguiente cuadro.

INDICE DE DELITOS (ROBO) 1995 - 1997

DELITOS	1995	1996	1997
ROBO	6,403	155,535	142,966
LESIONES	2,063	31,876	1,620
HOMICIDIO	541	1,981	977
VIOLACIONES	202		79
OTROS	1,694	47,586	4,702

Es indudable que el aumento de la delincuencia se ha debido a la presencia de diversos factores criminógenos de diversa naturaleza (demografía, educación, social y por supuesto económica) y desde luego al grave deterioro en el Sistema de Administración de Justicia, lo cual se ve reflejado, en el ya de por sí, considerable crecimiento de la inseguridad pública, y lo cual se hace tangente respecto del gran número de delitos que se cometen diariamente, y que como menciona el Legislador, en su exposición de motivos respecto a esta

³⁷³ Fuente Programa de Procuración de Justicia para el Distrito Federal 1995-000. Cuadro uno p 11.

³⁷⁴ Doc. Cit. p 2 y 3

iniciativa, " lastiman seriamente la vida, la integridad física y el patrimonio de numerosas familias ".³⁷⁵

Es incuestionable que la voluntad del Legislador para la creación del nuevo Tipo Penal que nos ocupa, es que éste percibió, que el robo representa cerca del 70 % de los hechos delictivos que se denuncian en el Distrito Federal y de los cuales más de la mitad se realizan con violencia y que cerca de la tercera parte, comprende robos de cuantía menor (refiriéndose a 100 veces el salario mínimo) y que debido a esto último, los acusados obtuvieran fácilmente su libertad provisional con el consecuente desagrado de la ciudadanía. Lo anterior basado en el criterio que estima solo el monto de lo robado y no así el número de sujetos, su peligrosidad, la violencia empleada, o el riesgo de la víctima, por lo que el legislador de manera clara y sucinta expresa en la iniciativa multicitada.

" La adición busca sancionar severamente éstos delitos (refiriéndose a los robos de poca cuantía) que frecuentemente llegan a dañar la integridad física y la dignidad del ciudadano. Bajo el supuesto que se propone (el incluido dentro del catálogo de los llamados delitos graves), 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 " .

Por lo que es de destacarse que de acuerdo con el artículo 370 del Código Penal (que atiende a la cuantía) y con relación al numeral 268 del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal, este no se considera como delito grave por lo que los inculpados bajo este rubro pueden obtener su libertad caucional.

³⁷⁵ Doc. Cit. p 3 in fine.

Además de la posibilidad de imponer a los delincuentes una pena de prisión más alta, se presenta la posibilidad de imponer la prohibición de ir a lugar determinado por la vigilancia de la autoridad. Residiendo este criterio del Legislador en que, muchos de estos delincuentes hacen de los espacios públicos su lugar habitual para la comisión de los robos y que en gran parte de los casos son perfectamente conocidos por los habitantes del lugar y quienes omiten sus denuncias por temor a represalias de las que pudieran ser objeto, debido a la rapidez y facilidad con que son puestos en libertad bajo caución los delincuentes.

De esta manera el Legislador, al buscar sancionar severamente este tipo de atrocidades estableció una sanción corporal de 5 a 25 años, con lo cual, se pretendió tratar de disminuir la incidencia delictiva a este respecto, empero, la Cámara Revisora consideró como excesivo el máximo fijado en la iniciativa reduciendo la pena máxima a 15 años.

PROBLEMAS A POSTERIORI

Antes que nada es de suma importancia, el puntualizar que el Derecho Penal debe ser útil y eficaz para prevenir la incesante violencia, la impunidad y el abuso, para evitar así un daño irreparable a los valores humanos, como lo son la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad en sus distintas formas.

Empero, y a pesar del JUS PUNIENDI, y de su prevención general, cada vez más un mayor número de sujetos se agregan a la ya de por sí gran masa de delincuentes.

Indudablemente es que la prevención general³⁷⁸ ha perdido gran parte de su función específica (por desgracia), y que a pesar del aumento en la punición de los diversos delitos, el índice de la criminalidad y delincuencia ha venido en aumento.

³⁷⁸ Recordemos que esta se refiere a la colectividad para evitar que los sujetos en su conjunto originen en el delito.

La práctica forense y la historia nos han demostrado que no basta con un aumento en las penas para disminuir el índice delictivo, ya que lo que realmente debe enfatizarse es el combate a la miseria y al desempleo, además del fortalecimiento de valores éticos y cualidades cívicas, por lo que además de reorientar la política criminal, se deben ajustar esquemas socioeconómicos para combatir de alguna manera la incidencia delictiva, ya Eurípides desde la antigüedad nos mencionaba que " la pobreza incita al hombre a cometer cosas horribles ".

Debemos recordar que el Derecho Penal debe ser la última RATIO que va a utilizar el Estado para resolver un conflicto, por tal motivo la actual política criminal se encuentra mal orientada, y en lugar de atacar a los motivantes prioritarios del crimen (pobreza, ideales personales o políticos, desajustes sociales o sexuales entre otros), se basa principalmente en cuestiones netamente represivas (propia de los Estados totalitarios), y lo cual en opinión del Maestro Muñoz Conde, esta política representa una oleada de desbordamientos preventivos generales;³⁷⁷ que en el caso específico del numeral que nos ocupa se hace patente en la agravación de la pena respecto del latrocinio, además de hacer nugatorio el beneficio de la libertad provisional a los activos.

Respecto a este último punto, resulta plausible a primera vista; pero desafortunadamente no lo es así, ya que por ejemplo la Dirección General de Reclusorios del Distrito Federal, ha reconocido que tan solo en el primer semestre de 1996 los índices de criminalidad se incrementaron hasta en un 18% en comparación a las cifras registradas en ese mismo periodo el año anterior; y además de que la población penitenciaria en el Distrito Federal aumentó en cerca de 1200 detenidos, resultando ser en realidad un problema a corto y mediano plazo, y del cual la respuesta es sencilla.

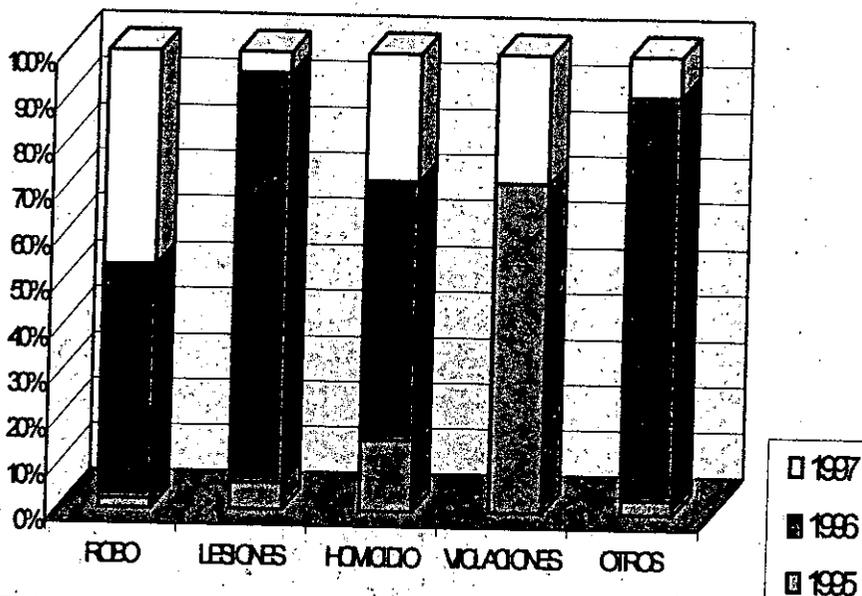
Nuestro deficiente sistema penitenciario, que no readapta, sino que en realidad el sistema carcelario (reclusorios y penitenciarias) en el Distrito Federal como en todo el país, son en realidad un núcleo de contaminación criminal.

Debido a esto la sobrepoblación carcelaria ha venido en aumento según podemos ver en los siguientes cuadros que hizo públicos, la Dirección General de Reclusorios del Distrito Federal, respecto del último trimestre de 1996 y que mostramos a continuación.

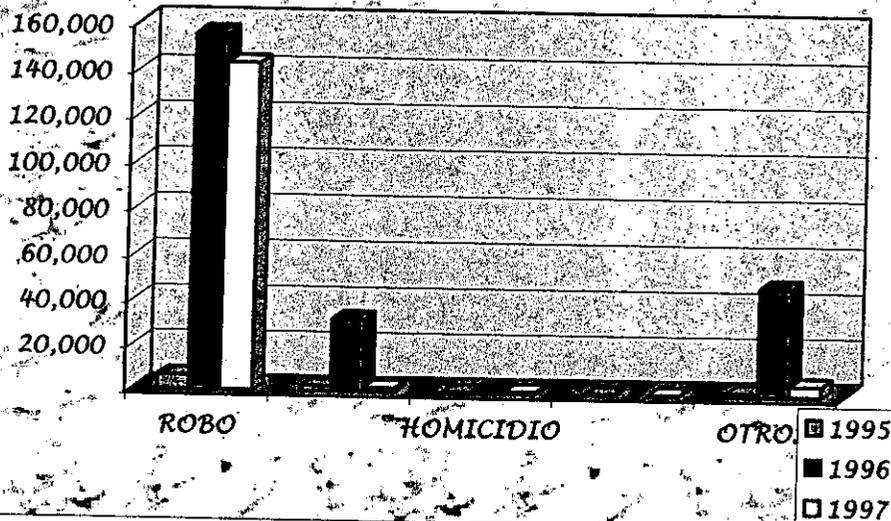
GRAFICAS EN BASE AL INDICE DELICTIVO PORCENTUAL

³⁷⁷ Op. Cit., p 122.

INDICE PORCENTUAL



INDICE DELICTIVO



C O N C L U S I O N E S

1. Con la adición del tercer párrafo del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, realizada el 9 de mayo de 1996, se crea una nueva hipótesis delictiva de robo.
2. Las características que presenta esta modalidad, es a partir de los sujetos que intervienen (dos o mas sujetos); de la conducta desplegada por medio de la violencia física o moral (asechanza, desventaja o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima); y presentando una excepción a la regla que de manera genérica y sin tomar en cuenta el valor de lo robado establece su propia sanción.
3. Esta adición únicamente toma en consideración para su integración las circunstancias de ejecución del delito, y de esta forma presenta una técnica diferente a la seguida por los demás tipos de robo al no atender al monto de lo robado.
4. Desde la promulgación, se hacía patente que la intención del Legislador era disminuir la violencia utilizada como medio de comisión del ilícito; ya que incluso en sus inicios era interpretada como una agravante más que se alineaba a las ya existentes, sin embargo con el mover jurídico se encontraron diversos inconvenientes en cuanto a su interpretación y alcance que obligaron al máximo Tribunal resolver al instante esta problemática, siendo hasta una año después como esta interrogante fue resuelta.
5. La libre interpretación de quien aplica la ley sustantiva en cuanto a los hechos (declaraciones ministeriales) que forman parte del ilícito y que estos son de interpretación y aplicación estrictamente en la etapa de Averiguación Previa por parte del Agente del Ministerio Público, es decir, puesto quien califica las agravantes, por ser la autoridad que esta cerca de los hechos es el Agente del Ministerio Público, lamentablemente esto en cuanto a la interpretación que realiza de los hechos que son noticia del sujeto objeto del delito, y de esta forma es hasta el mismo proceso que el Juzgador se encarga de confirmar o sentenciar esta resolución en cuanto a su observación y aplicación en sus distintas esferas de

competencia, lo que pone de manifiesto la enorme problemática presentada por las deficiencias encontradas en la etapa de investigación e integración de los delitos.

6. Ahora bien si ya existía dentro de nuestro Código Punitivo, el robo con violencia previsto en el numeral 372, además de existir otras agravantes que califican el apoderamiento de cosa ajena sin consentimiento de la víctima, plasmadas estas dentro de los artículos 381 y 381 Bis de dicho ordenamiento, al adicionarse este tercer párrafo al artículo 371, se crea un "tipo de formulación casuística alternativa", esto es que rige disposiciones legales que se aplican a casos especiales y que no tiene una aplicación genérica; por lo que esta reforma se presenta en la vida practica como inoperante, al presentar también una técnica diferente a la seguida por los restantes tipos de robo, al no atender como ya dijimos al importe de lo sustraído para la imposición de la pena aplicable; por todo esto a nuestra sencilla consideración denota una gran deficiencia en la técnica jurídica aplicada y una falta de visión para mantener la uniformidad de nuestro Código Punitivo.
7. Esta adición, por si misma se presenta innecesaria, ya que si la intención del Legislador era sancionar severamente la violencia utilizada en la comisión del robo, lo correcto fuese adecuar la fracción IX del artículo 381, y de esta forma el aumento de la sanción aplicable, permitiría ser llevado al catálogo de los llamados delitos graves.
8. Respecto a la problemática que surgió conjuntamente con la entrada en vigor de la reforma en comento al artículo 371, esta se presento con un concurso aparente de normas, entre los artículos 372 y algunas fracciones del artículo 381, e incluso el 164 Bis del Código sustantivo de la materia; el cual es resuelto a través de los principios de "Especialidad o de Absorción-Consumción"; cabe hacer el señalamiento de que la otra cuestión que incide en esta problemática es la negativa de la libertad provisional para los sujetos activos que a la postre contribuyo en el aumento y sobrepoblación carcelaria, lo cual se traduce en un virtual peligro para la sociedad, ya que al no existir una readaptación se presenta como gran caldo de cultivo de la criminalidad.
9. Otra circunstancia que se presento al momento de la aplicación del numeral en comento fue a partir de su adecuación a la conducta desplegada, ya que la importancia esencial de la aplicación de este tercer párrafo y de otros numerales que rigen y sancionan la misma conducta ilícita, estriba principalmente, en que para el primero se presenta la negativa de la libertad provisional y una sanción más severa, mientras que para los segundos, no se presenta esta situación, lo cual explica que la

defensa pretenda la aplicación de estos últimos beneficios al acusado; lo que trajo como consecuencia el constante movimiento del órgano Jurisdiccional para determinar sobre la disyuntiva presentada en cuanto a ser esta una agravante más o bien un tipo autónomo..

10. Nuestra consideración con respecto al presente trabajo es que el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicable para toda la República en materia Federal, prevé un " Tipo especial de robo y no una calificativa, ya que para ser considerado como calificativa requiere necesariamente de la existencia del tipo básico o fundamental, previsto este por el numeral 367 del citado ordenamiento legal, en tanto que el primero adquiere autonomía y propia sustantividad, porque contiene todos los elementos necesarios además de contar con punibilidad propia; es decir, este tipo especial excluye la aplicación del básico, mientras que la calificativa no solamente no lo excluye, sino que presupone su presencia, a la que se agrega como suplemento.

11. La consideración manifestada respecto de la hipótesis delictiva de robo que prevé el artículo 371 en su párrafo tercero, se precisa en estimarlo como un " Tipo especial de Robo agravado con alevosía (al ser esta la que abarca las distintas circunstancias que contiene el párrafo en comento y configuran dicho ilícito penal,) como tipo autónomo ". Lo que se deduce de la propia disposición y elementos contenidos en la misma, y no de las consideraciones del Legislador durante la etapa de creación de la Ley principalmente en base a las siguientes características:

- Una penalidad propia, que no toma en consideración el monto de lo robado, como lo hacen los demás tipos de robo; sino los medios utilizados.
- Que la violencia y otros medios comisivos en este tipo modifican el núcleo del delito y lo convierten en un tipo especial; ya que de ser una circunstancia pasa a convertirse en un elemento esencial típico, mientras que en los demás casos se presenta únicamente como agravante.
- El Tipo penal que prevé el artículo 371 en su multicitado párrafo, a diferencia de los demás tipos de robo, posee una entidad de mayor amplitud

respecto de los bienes jurídicamente protegidos, es decir, no solo tutela el patrimonio sino también la integridad corporal de los pasivos.

- Ser un Tipo Especial, autónomo de suyo, que de ninguna manera debe ser confundido con una agravante o calificativa, en virtud de que estos últimos presentan una sanción plus además de la que se va a imponer por el delito básico, y en las cuales es imperativo que exista precepto que así lo ordene; lo cual no acontece con el tipo penal que nos ocupa, además de que no existe una agravante con penalidad propia.
- Por todo lo anterior es menester establecer un artículo expreso dentro del cual este nuevo tipo penal de Robo agravado con alevosía goce de autonomía y referencia especial como lo hay ya establecido, hablando del robo con violencia bajo el numeral 372 del Código Penal para el Distrito Federal.
- * Artículo 371-Bis: Cuando en la comisión del robo participen dos o más sujetos, sorprendiendo intencionalmente a la víctima de improviso utilizando la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que le disminuyan las posibilidades de defensa, sin importar el monto de lo robado, se les aplicara de cinco a quince años de prisión y hasta mil días de multa; además también se le podrá aplicar la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, por un termino que puede ser igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta. Si en la ejecución del robo se constituye otro delito, se aplicaran las reglas de la acumulación. *

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS

1. **ARROYO DE LAS HERÁS. MANUAL DE DERECHO PENAL. EDITORIAL ARANZADI 1985 P.815**

2. **CARRARA FRANCESCO. DERECHO PENAL. (TRAD. ENRIQUE FIGUEROA) EDITORIAL PEDAGÓGICA IBEROAMERICANA 1995. P230.**
 - **PROGRAMA DE DERECHO EDITORIAL CLÁSICOS DEL DERECHO. EDITORIAL TEMIS. BOGOTÁ 1991. 6º EDC.**

3. **CARNELUTI FRANCESCO. DERECHO PROCESAL CIVIL Y PENAL. EDITORIAL MEX. PEDAGÓGICA IBEROAMERICANA. 1994.P.490.**

4. **CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL (RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS). DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GRAL. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1997. 19º EDC. P.982.**
 - **CÓDIGO PENAL ANOTADO. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO. 1998. 21º EDC. P1158.**
 - **(RAÚL CARR.) DERECHO PENITENCIARIO. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1986. 3º EDC. P651.**
 - **(RAÚL CARR.) EL DRAMA DEL DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1982. P449.**

5. **CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1998. 39º EDC. P 333**

6. **CUELLO CALÓN EUGENIO. DERECHO PENAL. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA 1981. 18º EDC.**

7. **COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. ASÍ HABLA LA DELINCUENCIA. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1987.P 260.**

8. **FONTAN BALESTRA CARLOS. DERECHO PENAL . EDITORIAL ABELEDO PERROT. BUENOS AIRES. 3º EDC.**

9. **GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. CÓDIGO PENAL COMENTADO. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1992. 10º EDC. P 547.**
 - **TIPICIDAD. EDITORIAL TEMIS. MÉXICO 1989 P 299**
 - **DERECHO PENAL MEXICANO LOS DELITOS . EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1993. 26º EDC. P 471**

10. **GONZÁLEZ QUINTANILLA JOSÉ ARTURO. DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1997. 4º EDC. P 953.**

11. **ISLAS GONZALEZ MARISCAL OLGA. ANÁLISIS LÓGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA. EDITORIAL TRILLAS. MÉXICO 1991. 3º EDC.**

12. **JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. LECCIONES DE DERECHO PENAL. EDITORIAL MÉXICO PEDAGÓGICA IBEROAMERICANA. MÉXICO 1995.P367.**

- **TRATADO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL LOZADA. BUENOS AIRES 1956. 2ª EDC.**
- **LA LEY Y EL DELITO. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. EDITORIAL SUDAMERICANA. BUENOS AIRES 1967. 5ª EDC. P 578**
- 12. **JIMENEZ HUERTA MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MÉXICO 1986 TOMO IV. 6ª EDC.**
 - **DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1980. 5ª EDC.**
 - **PANORAMA DEL DELITO. EDITORIAL UNAM. MÉXICO 1950 P 145.**
- 13. **LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1997. 5ª EDC. P 283.**
 - **DELITOS EN PARTICULAR. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1997. 14ª EDC.**
 - **TEORÍA DEL DELITO. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1998. 6ª EDC. P 307**
- 14. **MAGGIORE GIUSEPPE. DERECHO PENAL EL DELITO. EDITORIAL TEMIS. BOGOTA 1989. 3ª EDC. P 642.**
 - **EL DELITO Y LA PENA. EDITORIAL TEMIS. BOGOTA 1989. 2ª EDC. P 485.**
- 15. **MACEDO MIGUEL S. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO MÉXICANO. (1856-1931) TSJDF P 329**
- 16. **MARQUEZ PIÑEIRO RAFAEL. DERECHO PENAL. EDITORIAL TRILLAS. MÉXICO 1994. 3ª EDC.**
- 17. **MIR PIUG SANTIAGO. DERECHO PENAL. EDITORIAL EDICIONES Y PUBLICACIONES UNIVERSITARIAS. BARCELONA 1985.**
- 18. **MUÑOZ CONDE FRANCISCO. DERECHO PENAL PARTE GRAL. EDITORIAL VALENCIA TIRANT 1993. P 549**
- 19. **MEZGER EDMUND. DERECHO PENAL. EDITORIAL CÁRDENAS EDITORES. MÉXICO 1985**
- 20. **OBREGÓN ESQUIVEL T. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRUA. MÉXICO 1986. 3ª EDC.**
- 21. **PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO H. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1994. 2ª EDC.**
 - **DICC. DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1997. 1ª EDC. P 1058.**
 - **MANUAL DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1995. 12ª EDC. P 596.**
 - **COMENTARIOS DE DERECHO PENAL ROBO EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1973. 3ª EDC.**
- 22. **PEREZ LUIS CARLOS. TRATADO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL TEMIS. MÉXICO 1967. 3ª EDC.**
- 23. **PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. APUNTAMIENTOS. 17ª EDC. 1998**
 - **DOGMA TICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1985. 8ª EDC. P 498.]**
 - **ROBO SIMPLE. EDITORIAL PORRUA. MÉXICO 1989. 2ª EDC.**

24. **PORTE PETIT EUGENE. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO.** EDITORIAL PORRUA. MÉXICO 1997. 13ª EDC.

25. **QUINTANO RIPOLLES ANTONIO. COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL.** EDITORIAL MADRID, 2ª EDC. 1966 P 1117

26. **SAINZ CANTERO JOSÉ A. LECCIONES DE DERECHO PENAL.** EDITORIAL BOSCH. BARCELONA 1990 3Z EDC.

27. **VILLALOBOS IGNACIO . DERECHO PENAL MEXICANO, (PARTE GENERAL).** EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1990, 5A EDC. P 266- 267

DICCIONARIOS

- DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN CIVIL, PENAL, COMERCIAL Y FORENCE. ESCRICHE JOAQUIN. EDITORIAL PORRUA.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, EDITORIAL PORRUA. MÉXICO 1987.
- DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO PERROT. EDITORIAL BUENOS AIRES 1986.

LEYES

- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL . EDITORIAL SISTA NOV. 1999
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL SISTA . MÉXICO ENERO 2000
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL SISTA. JULIO 2000
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. EDITORIAL SISTA. SEPTIEMBRE 2000.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
 - 5ª ÉPOCA
 - 6ª ÉPOCA
 - 8ª ÉPOCA
 - 9ª ÉPOCA

DOCUMENTOS

- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN
- DICTAMEN DE LA CAMARA DE SENADORES (COMISIONES UNIDAS DE ESTUDISO LEGISLATIVOS).
- INICIATIVA DE LEY PRESENTADA POR EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. MARZO 1995
- ESTADÍSTICAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.