

134
2 es.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO.**

FACULTAD DE DERECHO.

**ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL
ARTÍCULO 371 PÁRRAFO ÚLTIMO
DEL CÓDIGO PENAL, ADICIONADO
EL 13 DE MAYO DE 1996.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO.
P R E S E N T A :
MILTON MAURICIO MORELOS, CEDILLO OLALDE.

MEXICO, D.F., 1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

266276



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A DIOS TODOPODEROSO.
POR PERMITIRME VIVIR.**

**A MIS PADRES:
ANA MARIA Y
ADRIAN.
POR EL APOYO INCONDICIONAL
QUE ME HAN BRINDADO.**

**A MIS HERMANOS:
LUIS ADRIAN,
GUADALUPE ADRIANA Y
ANA CECILIA.
POR HABER SIDO EL EJEMPLO A SEGUIR.**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO, A LA
FACULTAD DE DERECHO Y EN
ESPECIAL A LA SOCIEDAD.**

AL DR. JUAN CARLOS RAYO MARES,
CON ADMIRACIÓN, RESPETO Y
AGRADECIMIENTO POR SU
ASESORIA EN LA REALIZACIÓN DE
LA PRESENTE TESIS Y DENTRO DEL
ÁMBITO LABORAL.

AL LIC. MARIO ROLDAN QUIRINO.

A LA LIC. EMILIA PATRICIA KURY REYES.

AL LIC. ANTONIO GARCIA TORRES.

AL LIC. ELIGIO RODRIGUEZ ALVA.

AL LIC. JOSE LUIS PALACIOS FERNANDEZ.

AL LIC. ELIGIO CRUZ PEREZ.

A ROSALIA HERNANDEZ GUZMAN.

A MONICA A. MARQUEZ PORRAS IN MEMORIAM.

Y A TODOS MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE TRABAJO.

**CON ESPECIAL AGRADECIMIENTO AL MAG. LIC.
JOSE GUADALUPE CARRERA DOMINGUEZ
POR SUS VALIOSOS CONSEJOS.**

INDICE.

Introducción.	1
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL.

1.1.- Evolución Legislativa del artículo 371 del Código Penal.	3
1.2.- Análisis de la iniciativa y exposición de motivos, del último párrafo del artículo 371 del Código Penal.	8
1.3.- Norma Penal.	17
1.4.- Leyes penales en blanco, abiertas o de reenvío.	20
1.5.- Interpretación de la ley penal.	24
1.6.- Elementos del delito.	31
1.7.- Clasificación en orden al tipo.	34

1.8.- Críticas.	38
1.9.- Regulación actual del artículo 371 del Código Penal.	42

CAPITULO SEGUNDO.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371 ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL.

2.1.- Tipicidad.	47
2.1.1.- Elementos del tipo.	48
2.1.1.1.- Elementos objetivos descriptivos.....	48
2.1.1.1.1.- Conducta: apoderamiento.	49
2.1.1.1.1.1.- Clasificación del delito en orden a la conducta.	52
2.1.1.1.1.2.- Clasificación del delito en orden al resultado.	54
2.1.1.1.2.- Modalidades de la conducta.	55
2.1.1.1.2.1.- Medios comiisivos.	56
2.1.1.1.2.1.1.- Violencia.	56
2.1.1.1.2.1.2.- Acechanza.	58
2.1.1.1.2.1.3.- Cualquier circunstancia.	59
2.1.1.1.2.1.3.1.- Que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima.....	60
2.1.1.1.2.1.3.2.- Que ponga en condiciones de desventaja al sujeto pasivo.	60

2.1.1.1.3.- Objeto material: cosa.	61
2.1.1.1.4.- Resultado: perjuicio patrimonial.	61
2.1.1.1.5.- Bien jurídico tutelado: patrimonio.	63
2.1.1.1.6.- Imputación objetiva.	65
2.1.1.1.7.- Sujetos:	68
2.1.1.1.7.1.- Sujeto activo.	69
2.1.1.1.7.1.1. En cuanto al número: plurisubjetivo.	70
2.1.1.1.7.2.- Sujeto pasivo.	70
2.1.1.2.- Elementos objetivos normativos:	71
2.1.1.2.1.- De valoración jurídica:	72
2.1.1.2.1.1.- Robo.	72
2.1.1.2.1.2.- Cosa.	73
2.1.1.2.1.3.- Ajena.	73
2.1.1.2.1.4.- Mueble.	75
2.1.1.2.1.5.- Sin consentimiento.	76
2.1.1.2.1.6.- Sin derecho.	77
2.1.1.2.2.- De valoración cultural.	77
2.1.1.2.- Elementos subjetivos:	78
2.1.1.2.1.- Dolo.	78
2.1.1.2.2.- Culpa.	80

2.1.1.2.3.- Elemento subjetivo específico, distinto o diverso al dolo: ánimo de dominio (apropiación).....	81
2.1.2.- Clasificación en orden al tipo.	83
2.1.3.- Atipicidad.	86
2.2.- Antijuridicidad.....	98
2.2.1.- Causas de licitud.	99
2.2.1.1.- Legítima Defensa.	99
2.2.1.2.- Estado de necesidad.	100
2.2.1.3.- Cumplimiento de un deber jurídico.	101
2.2.1.4.- Ejercicio de un derecho.	102
2.3.- Culpabilidad.	103
2.3.1.- Imputabilidad.	104
2.3.2.- Conciencia de la antijuridicidad.	107
2.3.3.- Exigibilidad de otra conducta.	108
2.3.4.- Inculpabilidad.	109
2.3.4.1.- Inimputabilidad.	109
2.3.4.2.- Error de prohibición.	110
2.3.4.3.- No exigibilidad de otra conducta:	113
2.4.- Condiciones objetivas de punibilidad.	115
2.5.- Punibilidad.	116
2.5.1.- Excusas absolutorias.	120

CAPITULO TERCERO.

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.

3.1.- Iter-criminis (vida del delito)	122
3.1.1.- Tentativa.	124
3.1.1.1.- Desistimiento.	130
3.1.1.2.- Arrepentimiento.	132
3.1.2.- Consumación.	133
3.1.3.- Agotamiento.	133
3.2.- Concurso de delitos.	134
3.2.1.- Ideal o formal.	134
3.2.2.- Real o material.	138
3.2.4.- Delito continuado.	141
3.3.- Concurso aparente de normas.	143
3.4.- Perseguido de oficio.	145
Cuadro sinóptico.	147
Conclusiones.	149
Bibliografía.	155

INTRODUCCIÓN.

El día 13 de mayo de 1996, fué adicionado en el artículo 371 del Código Penal, un tercer párrafo, en el que se asentó que: "cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechancia 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 aplicar 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", el cual ha generado diversos problemas en la práctica, ya que se ha considerado por algunos como circunstancia agravante del delito de robo y por otros como un delito autónomo (tipo especial), empero, esta última concepción es acertada, ya que el tipo penal que se analiza al ser una norma penal en blanco, abierta

o de reenvío, al contener un elemento normativo (palabra robo), y al incluir dentro de sus elementos como esenciales específicos circunstancias o también llamados elementos accidentales que le agravan la penalidad, y prevé una penalidad autónoma respecto a la del delito de robo, decimos, contiene un tipo especial, el cual conlleva consecuencias diversas a la de la primera noción; por lo anterior se llevó a cabo su estudio, tratando de analizarlo de manera pormenorizada, aplicando la teoría jurídica del delito al ilícito en cuestión, para con ello conocer con precisión todos sus elementos constitutivos, así como las consecuencias jurídicas que acarrea la comisión de dicho delito.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTICULO 371 DEL CODIGO PENAL.

1.1.- Evolución Legislativa del artículo 371 del Código Penal.

Con fecha 14 de agosto de 1931, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, que comenzó a tener vigencia el 17 de septiembre del mismo año, ordenamiento que hasta nuestros días continúa vigente; Código al que se le han hecho múltiples reformas, reglamentándose en su Título Vigésimo

Segundo, en el Capítulo I, denominado "de los delitos contra las personas en su patrimonio", en el artículo 367, el tipo penal del delito de robo, que a la letra dice: "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley."¹

Ahora bien, el artículo 371 del citado ordenamiento, que es motivo de estudio en éste trabajo, lo regulaba de la manera siguiente: "Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años. En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión."²

Asimismo, en ese capítulo se hacía referencia a circunstancias consideradas como agravantes del delito de robo, como por ejemplo, la violencia, el que dicho ilícito fuese cometido en casa habitación, etc.

¹.- Leyes Penales Mexicanas. Tomo 3. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1979. Pág. 351.

².- *Ibidem*.

En el proyecto de reformas de 1942 al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931, se propuso cambiar el artículo 370 del Código Penal, refiriendo en la exposición de motivos que: "La modificación que se introduce a la ley vigente, por lo que se refiere al contenido de estas dos disposiciones, consiste en acabar con la métrica penal, para los efectos de ser consecuente con el sistema de arbitrio judicial que se consagra en el Código vigente, en la casi totalidad de su articulado... para lo cual se a creído conveniente hacer de los dos artículos (370 y 371) del Código vigente, uno solo, quedando su redacción en los siguientes términos... Artículo 370.- Cuando el valor de lo robado no exceda de dos mil pesos, la pena será de tres días a tres años de prisión y multa hasta de dos mil pesos. Cuando excediere de dos mil pesos, la pena será de tres años a doce años de prisión y multa hasta de diez mil pesos. Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco de la cosa robada. Si ésta no fuere estimable en dinero o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará prisión de tres días a dos años. En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar el monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión."³ de lo que se puede inferir que en dicho proyecto de reformas no se proponía

³.- Ibidem.

modificar la substancia de los artículos de referencia, sólo se trataba hacer de esos dos artículos uno solo, sin cambiar su contenido.

Se han presentado algunas otras reformas durante la vigencia del presente Código, en las cuales se reformaron algunos artículos referentes al delito de robo, tratando en varias ocasiones de cambiar, por un lado el concepto del delito de robo y por otro la métrica establecida en el artículo 371 del Código Penal, y con ello dar una mejor regulación a dicho ilícito, pero sin que el contenido del artículo 371 que nos ocupa, haya sufrido algún cambio hasta la fecha. Reglamentación que desde la expedición del Código Penal de 1931, hasta el día 12 de mayo de 1996, seguía vigente en los mismos términos.

En las reformas propuestas por el ejecutivo federal que entraron en vigor a partir del 13 de mayo de 1996, se adicionó un último párrafo en el artículo 371 del Código Penal, que a la letra dice: "...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.*.

Este último párrafo, ha generado diversos problemas en la práctica, por la falta de un buen entendimiento por parte de los órganos que aplican dicha norma, ya que se desconoce la técnica jurídica aplicada en la elaboración del mismo,⁴ siendo considerado en algunos casos solo como una circunstancia que viene a agravar la penalidad en el delito de robo (tipo básico) y en otros ha sido considerado como un delito especial, consideraciones que traen consecuencias distintas, por lo que, es necesario establecer de que manera debe entenderse dicho párrafo para conocer las consecuencias jurídicas que trae consigo y consecuentemente saber su aplicación jurídica dentro del ámbito penal.

Para poder entender que es lo que se reglamenta en dicho párrafo, y saber que quiso plasmar el legislador, debemos saber primeramente que fue lo que le dio origen, es decir, debemos analizar la iniciativa y exposición de motivos de tales reformas.

⁴.- Algunos de esos problemas, se presentan cuando el Agente del Ministerio Público, ejercita acción penal, algunas veces lo hace considerando ese último párrafo como un tipo especial, mencionando que se consigna por el delito de robo previsto en el tercer párrafo del artículo 371 del Código Penal, y en otras ocasiones lo considera solo como circunstancia agravante del delito de robo. Actualmente en el Tribunal Superior de Justicia se implantó el criterio de considerarlo como circunstancia agravante, lo cual es erróneo.

1.2.- Análisis de la iniciativa y exposición de motivos, del último párrafo del artículo 371 del Código Penal.

Al proponerse las reformas al Código Penal, en los motivos que llevaron a sugerirlas se menciona que:

"Es indudable que en la actualidad se viven tiempos de grave deterioro en el campo de la seguridad pública y la procuración de justicia. En la capital de la República, la criminalidad refleja altos índices de crecimiento y sus formas de organización y actuación son cada vez más sofisticadas y violentas. Esta situación, que atenta sin lugar a dudas en contra del orden social, preocupa de sobremanera a todos los estratos de nuestra comunidad.

En efecto, se vive una aguda sensación de que la impunidad prevalece por encima de la ley y de que la persecución de los delincuentes y la aplicación de las sanciones no han dado los resultados que demanda la sociedad, agredida por la delincuencia y preocupada por la creciente inseguridad...

En 1995, el promedio diario de los hechos denunciados como posiblemente constitutivos de delito, tuvo un incremento del 35.36% en relación con el año de 1994, y la incidencia de hechos denunciados de carácter patrimonial, como el robo de vehículos, a transeúntes, negocios, transportes, repartidores y a casas habitación, así como las lesiones dolosas han tenido un crecimiento muy significativo y preocupante.

De igual manera, se observa que la delincuencia recurre cada vez más a la violencia como medio para lograr su objetivo. Actualmente, en promedio diario se denuncian 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...

El ejecutivo federal a mi cargo, consciente de la preocupación de los habitantes del país por el considerable crecimiento de la inseguridad pública, reflejada en el alto número de delitos que diariamente se cometen y que lastiman seriamente la vida y la integridad física de varios individuos, así como el patrimonio de numerosas familias durante el último año, ha sometido a la consideración de esa honorable soberanía diferentes iniciativas de reformas constitucionales y a las leyes secundarias, con la finalidad de garantizar y hacer más eficiente la función de seguridad pública y así crear las condiciones legales, institucionales y administrativas

que aseguren a los individuos la debida protección de su integridad física y patrimonial.

En virtud de las consideraciones anteriores, resulta prioritario actualizar la legislación penal y procesal penal, a través de reformas que garanticen a la sociedad la imposición del castigo que los delincuentes merecen y a las víctimas y ofendidos por los delitos la reparación de los daños y perjuicios que la comisión de estos les hubiere causado; todo ello, en un marco de pleno respeto a los derechos humanos...⁵

Respecto del último párrafo adicionado al artículo 371 del Código Penal, en la exposición de motivos que llevaron a establecerlo, se menciona que:

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

⁵.- Exposición de motivos llevada a cabo por la propuesta de reformas para el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

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

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

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

La adición busca sancionar severamente estos delitos que frecuentemente llegan a dañar la integridad física y la dignidad del

ciudadano. Bajo el supuesto que se propone, aún cuando el monto de lo robado sea de poca importancia, se atiende a las circunstancias de ejecución del delito a fin de imponer al delincuente sanciones considerables que inhiban su comisión.

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

Ello tiene por objetivo, entre otros, brindar mayor seguridad a las colonias, barrios y conjuntos habitacionales, ya que constituye un sistema para erradicar de ellos a la delincuencia y así recuperar los espacios públicos en favor de la comunidad...⁶

Por ser de suma importancia para el mejor entendimiento de dicho precepto, es necesario mencionar que en la exposición de motivos, respecta de la reforma hecha en esa misma fecha al Código Procesal Penal, en su artículo 268 referente a la regulación de los delitos considerados como graves y en especial a la regulación del delito que nos ocupa, se expresó lo siguiente:

⁶.- *Ibidem*.

"... Cabe destacar que los casos de robo cometido por dos o más sujetos, mediante la violencia, acechanza u otras circunstancias que disminuyan la posibilidad de defensa de la víctima será considerado como delito grave...".⁷

Quedando redactado el artículo 268 fracción III, párrafo quinto, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, respecto del delito de robo, de la siguiente manera:

Artículo 268. "Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

Fracción III.-

Párrafo quinto.- Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves los siguientes: ... robo calificado, previsto en los artículos 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los

⁷.- Exposición de motivos llevada a cabo por la propuesta de reformas para el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis; robo, previsto en el artículo 371, párrafo último; ...⁶

⁶.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Sista, S.A. de C.V., México, 1998. pág. 128.

Artículo 288. Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

I.- Se trate de delito grave así calificado por la ley; y

II.- Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

III.- El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculcado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la Policía Judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 80, párrafo tercero; terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores, previsto en el artículo 201; trata de personas, previsto en el artículo 205, segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto, previsto en los artículos 286, párrafo segundo y 287; homicidio, previsto en los artículos 302, con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado, previsto en los artículos 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis; robo, previsto en el artículo 371, párrafo último; extorsión, previsto en el artículo 390; y despojo, previsto en el artículo 395, último párrafo todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal. También lo será el delito de tortura, previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califica como delito grave.

De los párrafos anteriores se puede inferir que lo que pretende el legislador al adicionar ese último párrafo en el artículo 371 del Código Penal, es aminorar los índices delictivos de robo, que es de los delitos que más frecuentemente se realizan, actuando los agentes del delito conjuntamente, y utilizando para ello circunstancias que ponen a la víctima en situación de desventaja, no llegando a ser el monto de lo robado muy cuantioso (situación que era benéfica para los sujetos activos, ya que se les tenía que sancionar conforme al párrafo primero del artículo 370 del Código Penal, resultando irrisorio para el hecho cometido), por lo que se mencionó en la exposición de motivos que: "... la iniciativa propone adicionar el artículo 371 del Código Penal con un párrafo a fin de establecer una nueva forma de sancionar los robos que sean realizados por dos o más sujetos...", y respecto del artículo 268, del Código de Procedimientos Penales, se mencionó que: "... cabe destacar que los casos de robo cometido por dos o más sujetos, mediante la violencia, acechancia u otras circunstancias que disminuyan la posibilidad de defensa de la víctima será considerado como delito grave"; motivos de los cuales se desprende que lo que se regula en ese párrafo comentado es un tipo especial, ya que toma como base el tipo básico de robo previsto en el artículo 367 del Código Penal, agregándole circunstancias agravantes (medios y la plurisubjetividad de los agentes) y estableciéndole una

sanción específica, además de tomar en cuenta otro elemento específico que sirve para diferenciarlo del robo, es decir, que al cometer este delito no será tomado en cuenta el monto de lo robado.

Ahora bien, estas reformas fueron pasadas posteriormente a la Cámara Dictaminadora la cual en su primer lectura, manifestó respecto de la adición que nos ocupa, en su punto 26, que:

"Se estima al igual que la Colegisladora, conveniente disminuir la sanción máxima para el caso de robo agravado propuesta en la iniciativa respectiva del Ejecutivo Federal, y pasar de veinticinco a quince años..."⁹

De lo anterior, se advierte que la Cámara Dictaminadora, menciona que el párrafo adicionado al artículo 371 del Código Penal, se trata de robo agravado, situación que fue aprovechada para interpretarlo de esa manera, mencionándose así en algunas resoluciones emitidas por el Tribunal Superior de Justicia, sin embargo, esto es más bien un error en que incurre dicha Cámara, ya que todo lo demás indica la regulación de un tipo especial y no una circunstancia agravante.

⁹.- Texto emitido por la Cámara de diputados, al emitir su segundo dictamen.

Para comprender mejor esta adición que se analiza, después de haber visto la iniciativa y exposición de motivos, se tiene que determinar que clase de norma es la que se reglamenta en ese párrafo.

1.3.- Norma Penal.

La norma penal es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad).

Los elementos de la norma penal son el precepto y la sanción, que son dos términos que se integran recíprocamente en la norma penal.¹⁰

"El precepto prohíbe o manda algún comportamiento y la sanción se prevé para el incumplimiento del mismo",¹¹ en este sentido se hace la diferenciación de que "la ley penal y norma, en principio no se identifican.

El comportamiento delictivo no contraviene la ley penal, sino la norma, es decir, la orden que el legislador dirige al súbdito de derecho".¹²

¹⁰ - Manzini. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1948, citado por Celestino Porte Petit, Candaudap en su obra Apuntamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. Edic. 16a. México, 1994.

¹¹ - Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Temis, S.A. Edic. 2a. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, pág. 27.

¹² - *Ibidem*.

La norma en comento, tiene una función en forma positiva, es decir, esta ordenando no lesionar el patrimonio de las personas, absteniéndose de apoderarse de cosas muebles, y se dirige a los subditos, pero solo a aquellos "capaces de entenderla y de sufrirla, es decir, son a los individuos sanos y maduros de la mente, los individuos psíquicamente capaces".¹³

Ahora bien, adviértase que la estructura lógica representada por la distinción presupuesto-consecuencia, que es la estructura propia de la redacción de las proposiciones jurídico penales, tiene carácter hipotético: si alguien mata a otro (presupuesto), será castigado (consecuencia).¹⁴ Binding, partiendo de este punto de vista pudo decir que: "el delincuente no infringe, sino que cumple la ley penal, puesto que viene a realizar la hipótesis imaginada por la ley", concidiendo éste autor con M. E. Mayer, al manifestar que "la ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano (norma primaria), sino sólo un mandato dirigido al Juez (norma secundaria".¹⁵

¹³.- Vanini. Manuale de Diritto Penale. pág. 27. Firenze. 1947. Citado por Celestino Porte Petit Candaudap en su obra Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.

¹⁴.- Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A. España. 1976, pág. 33.

¹⁵.- Binding y M. E. Mayer, citados por Santiago Mir Puig, en su obra Introducción a las bases del Derecho Penal. Ob. Cit. pág. 33.

Al respecto cabe hacer mención de que no todas las normas contenidas en el Código Punitivo, son de esta clase, ya que hay normas, como las de la parte general de dicho ordenamiento, que poseen sólo carácter complementario de las contenidas en la parte especial, en donde están previstos los tipos penales.

El contenido diferencial de la norma penal, ello describe su estructura, que no es específica de ella sino común a toda norma jurídica formalmente completa. Supuesto de hecho o presupuesto por un lado y consecuencia jurídica por otro constituyen los dos momentos esenciales a la estructura de toda norma de Derecho.¹⁶

Entonces diremos que por norma penal completa debemos entender aquella que determina exhaustivamente el contenido del presupuesto y de su consecuencia jurídica, y hay ocasiones en que una norma al no reunir esos requisitos no puede ser considerada completa; un ejemplo específico de las normas que no pueden ser consideradas como completas, es a lo que en la doctrina se conoce como "las leyes penales en blanco, abiertas o de reenvío", norma que por la importancia para el tema aquí desarrollado, se analizará enseguida.

¹⁶.- Santiago Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal. Ob. Cit. pág. 34.

1.4.- Leyes penales en blanco, abiertas o de reenvío.

Esta clase de leyes penales "son aquellas que contienen la sanción, pero no describen las conductas prohibidas (u ordenadas en los delitos de omisión). Se remiten, en cuanto a la norma, a otras leyes penales, a leyes de otros sectores del ordenamiento jurídico o a disposiciones de rango inferior a la ley, generalmente es de carácter reglamentario".¹⁷

Lo anterior "es posible sin que la disposición deje de ostentar la estructura necesaria en toda proposición jurídica, a través de la remisión a otras disposiciones a las que se encarga "rellenar" el vacío existente en el precepto remitente".¹⁸

"En su origen dicha noción sirvió en Alemania para aplicar los casos en que la ley del Imperio (Código Penal del Reich) dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados (Länder) o

¹⁷.- Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español, Parte General. Ed. Tecnos S.A. Edic. 3a. Madrid, 1990. pág. 157.

¹⁸.- Santiago Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal. Ob. Cit. pág. 47.

de los Municipios. La ley penal en blanco se concibe, por ello, en un principio como "autorización" o "delegación", por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco".¹⁹

La extensión precisa del concepto de ley penal en blanco varía según los autores, por ejemplo Mezger amplió este concepto de ley penal en blanco, añadiendo otros dos supuestos junto al caso mencionado (el complemento de la ley en blanco se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa), que se siguió considerando como ley penal en blanco "en sentido estricto", como son: 1.- El complemento se halla contenido en la misma ley, y 2.- El complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa, manifestando que sólo son modalidades particulares de "técnica legislativa externa", sin que ello encierre consecuencias ulteriores, ya que en los tres casos, "el necesario complemento" es siempre parte integrante del tipo, pero el tipo ya complementado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como

¹⁹.- Loc. Cit. pág. 48.

fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal.²⁰

Por otra parte Luis Jiménez de Asúa, considera que leyes penales en blanco sólo pueden ser consideradas aquellas en que el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad, mientras que las leyes que remiten a una ley distinta del mismo rango se trata de un caso impropio, y niega que se le pueda llamar ley penal en blanco a aquellas en que el complemento se ubica en la misma ley.²¹

Mientras que Stampa Braun, restringe la denominación de normas penales en blanco, al caso en que el complemento debe buscarse en una instancia inferior, aduciendo que los otros dos supuestos constituyen solamente variedades de técnica legislativa.²²

Juan Fernández Carrasquilla, manifiesta que existen normas penales en blanco con reenvío específico y normas penales en blanco con

²⁰ - Ver a Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz. Ed. Revista de Derecho Privado. Edic. 3a. Madrid, 1957, pág. 396.

²¹ - Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1965, pág. 353.

²² - Stampa Braun, J. M. Introducción a la Ciencia del Derecho Penal. Valladolid España. 1953, pág. 33, citado por Santiago Mir Puig en su obra Introducción a las bases del Derecho Penal.

reenvío genérico, ubicando el supuesto que se atiende en este trabajo, que es la complementación con una ley del mismo ordenamiento, no en esta clasificación, ya que menciona que el mismo sería un supuesto de una pura norma de reenvío, donde la remisión es interna, se da en el mismo cuerpo de la ley".²³

Por lo que se pone de manifiesto que se trata de volver al punto de partida, es decir, al origen de la ley penal en blanco, cuando se concebía como una "autorización" a una instancia inferior. Sin embargo el caso que nos ocupa y como lo consideró Mezger, lo trataremos como una norma en blanco, abierta o de reenvío, toda vez que para la comprensión del artículo párrafo tercero del artículo 371, del Código Penal, es necesario acudir al artículo 367 del mismo ordenamiento, debiendo complementarlo de manera forzosa con esa norma, la cual se manifiesta al mencionar: "... Cuando el robo...", debiendo forzosamente acreditar los elementos precisados en el artículo 367 del citado ordenamiento, por tratarse de una norma de reenvío.

En consecuencia, se precisa que este último párrafo del artículo 371, del Ordenamiento Punivito, se trata de una norma penal en blanco,

²³.- Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. Vol. I. Ed. Temis. Edic. 2a. Bogotá-Colombia, 1989, pág. 71.

abierta o de reenvío, la cual está considerada como una forma válida de técnica legislativa, quedando de esta manera en condiciones de determinar si la norma a estudio, es un tipo especial o solamente una circunstancia agravante del delito de robo.

1.5.- Interpretación de la ley penal.

"La interpretación de la ley consiste en fijar el sentido de la misma",²⁴ hacerlo de otra manera (intención del legislador), "no estaría raras veces en la situación de exigir resultados que se hallan en franca contradicción con el texto literal".²⁵

²⁴ - Porte Petit Candaup, Celestino. Programa de Derecho Penal, Parte General. Ed. Trillas. Edic. 3a. México, 1990, P. 145.

Al respecto Luis Jiménez de Asúa, en su obra Lecciones de Derecho Penal, pág. 60. señala: que el hecho de aplicar la ley supone interpretarla, el juez no crea derecho, sólo descubre la voluntad de la ley. Toda interpretación propone el descubrimiento del verdadero sentido (espíritu) de la ley; es decir su voluntad.

²⁵ - Navarrete, Polaino. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España. 1990, pág. 422.; señalando también que lo que rige y debe regir es la idea racional de la ley.

Además hay que tomar en cuenta que el legislador establece las normas en un determinado momento histórico, siendo que de considerarse que su voluntad es la que debe de buscarse, estaríamos hablando que las leyes deberían ser modificadas en cuanto la sociedad va cambiando, es decir, que debe ser modificado un precepto cada que la sociedad lo considere o conceptúe de otra manera. A este respecto Luis Jiménez de Asúa, en su obra Lecciones de Derecho Penal, pág. 68, indica que puede ocurrir que sea necesario atender, no al momento en que la ley fue elaborada, sino al instante de su aplicación, teniendo en cuenta las modificaciones sobrevenidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto y en su unidad; puede resultar reformada la significación y el alcance de otras que siguen inalterables en su texto.

La interpretación no está prohibida, es imperativa, ya que con esta, solo se aclara el sentido de la ley, es decir, "consiste en comprender y en hacer comprensible el sentido jurídico de un texto".²⁶

Clases de interpretación.

1.- Con relación al sujeto, al intérprete, a su fuente o desde el punto de vista subjetivo, la interpretación se divide en:

a) **Doctrinal, científica o privada.** Que es la realizada por los científicos, doctos, para desentrañar la voluntad de la ley (opinio doctorum).

b) **Judicial.** "La desarrollan los órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar las leyes descubriendo la verdadera voluntad en ellas contenida",²⁷ la cual es obligatoria únicamente para el caso concreto a que se refiere, es decir, no tiene eficacia generalizadora.

²⁶.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosh Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1981, pág. 209.

²⁷.- Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Ed. Harla. S.A. de C.V. México. 1997, pág. 64.

c) Auténtica o legislativa. Esta es la que realiza la ley, cuando se dicta o bien la que es realizada por la ley posterior, para explicar su propio contenido, originándose así dos clases de interpretación auténtica: a') La interpretación autentica simultánea o contextual, es la que realiza la misma ley. Existe expresa Manzini, cuando en una misma ley algunas normas han sido dictadas con la mera finalidad interpretativa de otras normas de la misma ley.²⁸

2.- Según los medios.

a) Gramatical, Literal o Filológica, ésta consiste en en buscar la voluntad de la ley por el significado literal del texto.

Se asevera que hay que "interpretar las leyes en armónico conjunto de lo que dicen literalmente y del fin que persiguen desentrañando la expresión con primacia del telos".²⁹ Lo literal cuando se acepta, es porque coincide con el telos, que es lo que priva en la interpretación. Tan es así, que cuando lo literal es discordante con la voluntad de la ley, es totalmente irrelevante para la interpretación; luego

²⁸.- Manzini. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. pág. 361. Ediar, Buenos Aires, 1948. citado por Celestino Porte Petit Candaudap en su obra Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.

²⁹.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1965, pág. 353.

nunca es válida la interpretación gramatical si no coincide con la teleológica.

b) Teleológica o ideológica, ésta contiene varios elementos:

a') Jurídicos, en estos se incluyen los elementos históricos, la ratio legis, el sistemático y la legislación comparada.

Históricos, estos se utilizan para el conocimiento del origen y del desenvolvimiento de la ley penal. Battaglini, nos indica que "el interprete debe indagar el origen de una determinada ley y seguir paso a paso su desarrollo y las modificaciones porque ha pasado, antes de asumir el aspecto y los caracteres que tiene en el texto actual".³⁰ Este elemento comprende los Códigos anteriores y los trabajos preparatorios, que a su vez abarcan: ponencias, discusiones, actas respectivas, proyectos elaborados y exposición de motivos.

Elementos sistemático. En consideración a que el ordenamiento jurídico es un sistema, la norma penal no tiene vida autónoma, separada, sino que está íntimamente ligada a las restantes normas, siendo por tanto obligado relacionarlas para su interpretación.

Legislación comparada, de ésta se pueden presentar dos hipótesis:

1.- cuando las legislaciones extranjeras han ejercido influencia en la

³⁰.- Diritto Penale, pág. 58, 3a. de. Padova, 1948. citado por Celestino Porte Petit Candaudap en su obra Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.

elaboración de un ordenamiento penal determinado, y 2.- cuando no han ejercido influencia alguna.

b') Extrajurídicos, en estos se incluyen los elementos político, sociológico, ético, económico y físico-geográfico, entre otros.

Elemento político, de éste se puede decir que no debe sobrepasar los límites señalados a la interpretación, confundiendo la política con la justicia, una cosa es proyectar sobre la norma jurídica la luz intelectual de un principio político superior, y otra, es ajustar la norma misma a las exigencias políticas, arbitrarias e incompetentemente supuestas por el intérprete³¹ subrayando que "si lo hiciese así, sustituiría la política a la justicia, desconociendo una de las más esenciales garantías constitucionales".³²

Elemento sociológico, es ineludible este elemento sociológico en cuanto que el intérprete no puede cumplir su misión de encontrar la voluntad del texto legal sin conocer los fenómenos que se producen en la convivencia humana.

Elemento ético, la investigación del telos de la ley penal otorga relevancia a conceptos morales que fundamentan normas penales.

³¹.- Manzini. Tratado de Derecho Penal. ob. cit. pág. 383, citado por Celestino Porte Petit Candaudap en su obra Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.

³².- Ibidem.

Esta interpretación "es la mejor, descubre la íntima significación de los preceptos, la verdadera voluntad de la ley",³³ aplicando para ello numerosos métodos que hacen de ella, una interpretación completa.

Interpretación de acuerdo con los resultados.

a) Declarativa, estricta, lata o normal, esta es cuando hay conformidad del texto de la ley con la voluntad de ésta.

b) Restrictiva, (*minus dixit quam voluit*), cuando se restringe el texto de la ley a la voluntad de la misma porque aquel sobrepasa a ésta

c) La interpretación es extensiva, cuando se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta.

Ante estas dos formas de interpretación (restrictiva y extensiva), se presenta el problema de si debe o no interpretarse restrictiva o extensivamente la ley penal, de lo que tenemos que:

a) "Si la interpretación gramatical y teleológica llega a un resultado armónico y terminante conforme a él deben interpretarse las leyes penales, sea ese resultado restrictivo o extensivo, puesto que con esos medios se han logrado hallar el pensamiento y voluntad de la ley.

b) Si a pesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista no se llega a un resultado concluyente y la duda sobre la voluntad y pensamiento

³³.- Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Ob. Cit. pág. 70.

de la ley persiste, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable".³⁴ "Bajo este punto de vista no hay propiamente interpretación extensiva, sino interpretación correcta"³⁵

Interpretación progresiva o evolutiva.

Esta consiste en adaptar, adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes; interpretación que debe ser utilizada cuidadosamente, para evitar excederse de los límites señalados en la ley.

No cabe duda, que el juzgador como miembro de la colectividad, no puede pasar inadvertido el avance social, político, científico o de cualquier otra índole, para el efecto de amoldar la ley vigente a estos avances, a las nuevas concepciones que se tengan en el mundo en que se vive, pues de otra manera, no se cumpliría con la alta misión judicial. "solo así las leyes penales pueden perdurar y hacer la justicia que reclaman las normas de cultura en cada país y en la hora en que se aplican".³⁶

De lo anterior al realizar una debida interpretación del tipo penal a estudio, se desprende que conforma un tipo especial y no una agravante,

³⁴.- Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ob. Cit. pág. 474.

³⁵.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Ob. Cit., pág. 213.

³⁶.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ob. Cit., pág. 476.

como es considerado actualmente, arguyendo una voluntad del legislador (por el texto emitido por la cámara dictaminadora, en donde se menciona que es un tipo penal agravado), que como se vio anteriormente no fue tal, y simplemente al parecer se trata de un error al plasmar que se trata de un tipo agravado.

1.6.- Elementos del delito.

Por elemento debemos entender "la parte integrante de algo",³⁷ y desde el punto de vista jurídico penal como "todo componente sine qua non, indispensable para la existencia del delito".

Así las cosas debemos decir que el delito se compone de elementos esenciales, que son aquellos indispensables para constituir el delito y otros accesorios, accidentales o circunstancias, no necesarios para la existencia del delito.

Los esenciales, se dividen en:

³⁷.- Antolisei; Francisco. Manual de Derecho Penal. Traducido por Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Ed. Temis. Edic. 8a. Bogotá-Colombia, 1988, 281.

A) Genéricos o generales: "que son los componentes indispensables para integrar el delito en general",³⁸ actualmente se consideran que son 3 los elementos que conforman el delito siendo éstos:
a) La tipicidad,³⁹ b) La antijuridicidad,⁴⁰ y c) La culpabilidad.⁴¹

B) Elementos específicos, son aquellos indispensables en la estructura de cada delito,⁴² los van a requerir las figuras delictivas en particular (propios de cada delito), estos elementos sirven para diferenciar un delito de otro, por lo que también, si faltara alguno de estos no habrá delito.

³⁸ - Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. Edic. 16a. México, 1994, pág. 218.

Anteriormente se consideraban como elementos esenciales del delito 7, que eran, la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad, sin embargo actualmente son: la tipicidad (la conducta queda inmersa en este), la antijuridicidad y la culpabilidad (la imputabilidad pasó a ser un elemento de este), mientras que las condiciones objetivas de punibilidad no son consideradas como elemento porque no en todos los delitos se presenta, y por último la punibilidad es solo consecuencia jurídica por la comisión del delito.

³⁹ - Tipicidad. Este elemento se refiere a que el comportamiento realizado por el sujeto activo, encuadre perfectamente en lo que establece la ley como delito, es decir, debe encuadrar perfectamente en lo que describe el tipo penal (modelo de conducta considerada como prohibida). Dentro de este elementos actualmente se analiza la conducta típica.

⁴⁰ - Antijuridicidad.- Se dice respecto de este elemento, que es el comportamiento contrario a derecho, es decir, prohibido, no autorizado por el estado.

⁴¹ - Culpabilidad.- A este elemento se le considera como el juicio de reproche, enderezado a un sujeto por la comisión de una conducta típica y antijurídica, siendo que para que se puede reprochar a una persona el haber cometido un delito, es necesario que ésta sea imputable.

⁴² - Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal, Parte General. Ob. Cit., pág. 260.

Los elementos llamados accesorios, accidentales o circunstancias, no son necesarios para la existencia del delito, siendo su función solamente la de agravar o atenuar la penalidad, y se dividen en:

A) Circunstancias contenidas en la parte general del Código Penal, previstas específicamente en sus artículos 51 y 52 referentes al uso del llamado arbitrio judicial, las cuales sirven para atenuar o agravar la penalidad a imponer al sujeto.

B) Circunstancias contenidas en la parte especial del Código Punitivo, que agravan o atenuan la penalidad, con respecto al delito cometido, por ejemplo: la violencia prevista en el artículo 372 del Código Sustantivo de la materia, que agrava la penalidad del ilícito de robo. Otro ejemplo sería el caso del delito de homicidio en razón del parentesco, previsto en el artículo 323 del citado ordenamiento, donde la calidad de los sujetos agrava la penalidad respecto del homicidio.

De lo anterior se observa que algunas circunstancias son agregadas separadamente a los tipos penales (llamados básicos), y otras circunstancias las contienen fusionadas algunoò tipos penales (llamados especiales), en este punto radica la problemática central de este trabajo,

ya que actualmente éste último párrafo ha sido considerado como una circunstancia agravante del delito de robo, erróneamente, siendo que el considerarlo de una u otra forma trae consecuencias jurídicas distintas.

1.7.- Clasificación en orden al tipo.

En la parte especial del Código Sustantivo de la materia, como anteriormente se mencionó, se prevén los tipos penales (modelos de conducta considerados prohibidos), pero también existen disposiciones desprovistas de carácter típico, solo son complementarias de aquellas (algunas son circunstancias, algunas sirven para la imposición de la pena, etc.), por lo que, aquellas que tutelan los bienes jurídicos (tipos fundamentales), dan lugar al complementarlos con las circunstancias o al ser independientes éstos de los tipos fundamentales, a una clasificación en orden al tipo:

A) Tipo fundamental, básico o simple, "es aquel que representa la forma básica del tipo delictivo. Contiene los presupuestos mínimos de la

punibilidad que dan al delito su carácter típico y determinan su contenido de injusto".⁴³

B) Tipo complementado, al respecto nos dice Jescheck, "cuando a partir de un delito base y mediante la adición de elementos se forman nuevos tipos penales que aparecen como especiales modalidades de aquel delito base, nos hallamos frente a una variante dependiente,⁴⁴ es decir, es aquel tipo fundamental que se complementa (mentalmente) con alguna circunstancia, solo que en éste caso tanto el tipo fundamental o básico como la circunstancia se encuentran diferenciados.

Estos también se subdividen en: a) Tipos complementados calificados, que es cuando la circunstancia que se agrega al tipo básico agrava la penalidad, por ejemplo: la violencia prevista en el artículo 372 del Código Penal, que agrava la penalidad del delito de robo; y b) Tipos complementados privilegiados, que se presentan cuando la circunstancia agregada al tipo básico atenúa la penalidad, es decir, la disminuye con relación al tipo básico, por ejemplo: la riña, prevista en el artículo 208 del

⁴³.- Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Exposición del texto legal reformado en vigor, desde el 1/1/1975. Traducido por Conrado A. Finzi. Ed. Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1980, p. 33.

⁴⁴.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Ob. Cit., pág. 363.

Código Penal, circunstancia que atenua la penalidad del delito de homicidio.

B) Tipo especial, éste se forma del contenido del tipo fundamental o básico más una circunstancia, pero en este caso tanto el tipo como la circunstancia se encuentran fusionados. "Este es elevado a una estructura jurídica unitaria con una nueva jerarquía valorativa, con contenido y vida jurídica propia, con especial ámbito de eficacia y con enjuiciamiento especial".⁴⁵

Estos a su vez se subdividen en: a) Tipo especial cualificado, que es aquel en donde la circunstancia que se encuentra fusionada en el tipo básico agrava la penalidad, es decir, la aumenta en relación al tipo básico, por ejemplo: el homicidio en razón del parentesco, previsto en el artículo 323 del Código Penal; y b) Tipo especial privilegiado, es aquel en donde la circunstancia que se encuentra fusionada en el tipo básico atenúa la penalidad, por ejemplo: el homicidio en estado de emoción violenta, previsto en el artículo 310 del Código Penal.

⁴⁵.- Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994, pág. 363.

De lo anterior podemos deducir, que lo que la voluntad de la ley es construir la derivación cualificadora, como forma autónoma del delito fundamental de tal modo que en el párrafo tercero del artículo 371, se configura un delito autónomo, recordando además que una diferencia entre estos dos conceptos (tipo penal y circunstancia), reside en que, en el primero (tipo penal) se reglamentan conductas consideradas prohibidas por el derecho penal y en la circunstancia no reglamenta ningún tipo de conducta, por lo que al darse ésta solo agrava la penalidad del delito simple.

Robusteciendo lo anterior, podemos mencionar las tesis emitidas por los tribunales federales, que a la letra dicen: "ROBO CON VIOLENCIA. DELITO AUTONOMO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). Conforme a lo dispuesto por los artículos 296 y 300 del Código Penal, en el delito de robo, la violencia no constituye una calificativa, sino un delito autónomo que establece su propia penalidad y no una agravante que se encuentra relacionada con el robo simple".⁴⁶ y "ROBO ESPECIFICO Y NO CALIFICADO. ARTICULO 371, PARRAFO TERCERO, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. De la adición al artículo 371, párrafo tercero, del Código Penal, para el Distrito Federal en Materia

⁴⁶.- Octava Epoca: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VIII. Agosto. Tribunales Colegiados de Circuito. Pág. 218.

Común y para toda la Republica en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el trece de mayo de mil novecientos noventa y seis, se advierte que el tipo que describe dicho precepto legal de ninguna manera debe apreciarse como un robo calificado, toda vez que se trata de una figura autónoma y, en esa virtud, deberá contemplarse como un robo específico.⁴⁷

A la creación de este delito especial, es necesario hacer diversas críticas, ya que no es afortunada la adición propuesta por el poder ejecutivo.

1.8.- Críticas.

Primeramente debemos señalar que no debió el legislador, adicionar ese último párrafo al artículo 371, del Código Penal, creando con ello un otro tipo penal más en dicho ordenamiento, en virtud de que la conducta regulada en dicho precepto, ya estaba contenida en el artículo 367, siendo que las circunstancias adicionadas al mismo también se encontraban ya previstas, por lo que hace a la violencia, en el numeral

⁴⁷.- Novena Epoca. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VI, Agosto de 1997. Tesis 1.3°.P.26, Pág. 808.

372, y por lo que hace a la plurisubjetividad, se hace referencia en el artículo 164 bis (pandilla), por lo que lo más conveniente era, en un dado caso que se quisiera sancionar más severamente los robos cometidos por dos o más sujetos, a través de la violencia, etc., pudo haberse incrementado la sanción respecto a dichas circunstancias calificativas, sin existir necesidad alguna de crear tipos penales autónomos.

Previendo el legislador para aquel que comete el delito especial a estudio, una penalidad sumamente alta, que va desde los 5 a los 15 años de prisión. Sin embargo, no debemos olvidar que "el crimen no es erradicable sino, a lo sumo, controlable, es decir, la pena justa no puede exterminarlo sino, en el mejor de los casos, mantenerlo dentro de los límites socialmente tolerables; la pena injusta, por el contrario, lo estimula o provoca".⁴⁸

A este respecto Juan Fernández Carrasquilla, menciona que "todos, pues, necesitamos protección contra la pena y máxima preservación contra la pena injusta. Porque la pena, aún siendo justa, representa una muy severa intervención en la esfera de derechos y libertades del individuo y, concretamente, la pena privativa de libertad

⁴⁸.- Fernández Carrasquilla. Delito y Error. Perspectiva Político Criminal. Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1990, pág. 8.

produce sobre éste efectos altamente desocializadores (ruptura de los lazos estables de la familia y el trabajo remunerado, desarraigo social, personalidad desadaptada, frustración y agresividad, reducción de los horizontes existenciales y de las posibilidades sociales de desarrollo, empobrecimiento y desempleo, adiestramiento criminal, etc.).⁴⁹

Es cierto que en México, se está viviendo una grave crisis en cuanto a delincuencia se refiere pero la solución no es la huida al derecho penal, que siempre fracasa, llevando consigo de la mano al "terror penal", pretendiendo el legislador al establecerle al delito en estudio una pena tan alta (5 a 15 años, que al mandar la iniciativa de ley tenía una pena de prisión de 5 a 25 años), aminoren los casos de robos cometidos por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado a través de la violencia, acechanza, etc., esto es, pretende resolver los males o los conflictos sociales por medio de la pena, lo cual puede lograr usando "mecanismos socioeconómicos y sociopolíticos que resuelvan el problema de un modo más radical",⁵⁰ es decir, procurando que los bienes, servicios y las cargas sociales sean repartidos de manera más equitativa, el crear empleos, etc., de tal modo que no haya gente que se vea constreñida a robar para

⁴⁹.- Loc. Cit., pág. 10.

⁵⁰.- Loc. Cit., pág. 15.

satisfacer sus necesidades humanas básicas, situación que de igual manera haría, aunque se le impusiesen 20, 30 años, etc.

Así como la pena criminal no sirve, por su propia naturaleza para resolver problemas físicos de la sociedad, tales como prevenir desastres naturales, tampoco es idónea para curar por sí misma todos o siquiera los más graves males sociales, la violencia, la desigualdad, la pobreza, la ignorancia, la falta de oportunidades existenciales, etc.",⁵¹ es decir, ni siquiera la pena cumplirá con su función de prevención general, ya que no sirve para motivar a las personas que se encuentran ante necesidades insatisfechas, como las que se mencionaron, y que constriñen precisamente a su satisfacción elemental y primaria antes que a cualquier otra cosa, en estos casos el actuar conforme a derecho, significara poca cosa para quien vive inmerso, por fuerza de las circunstancias sociales, en la necesidad del mal.

Además de todo lo anterior, atendiendo al principio de intervención mínima del derecho penal, la pena solo debe utilizarse como último recurso, es decir, en último extremo, cuando los otros medios de control resulten insuficientes o fallidos, es decir, para que el estado pueda

⁵¹.- Ibidem.

imponer pena es necesario que haya agotado los recursos sociales, económicos y políticos de su función directiva de la vida social, en el intento de solución del conflicto que con la pena pretende resolverse o prevenirse.

1.9.- Regulación actual del artículo 371 del Código Penal.

Entre las reformas propuestas, que entraron en vigor a partir del 13 de mayo de 1996, fue adicionado un último párrafo al artículo 371 del Código Penal, quedando reglamentado dicho precepto respecto del anterior de la forma siguiente:

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

TEXTO ACTUAL.

Artículo 371.- "Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su

naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años.

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

naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años.

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

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la 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."

Después de precisar que el último párrafo del artículo 371 del Código Penal regula un delito especial, sentamos las bases para su estudio dogmático, esto es, que en el análisis de dicho ilícito se aplicará la teoría del delito, misma que "se ocupa de la exposición sistemática de los presupuestos que deben concurrir de modo genérico para la imposición de una sanción penal y de las consecuencias intrasistemáticas que resultan de la presencia o ausencia de cada uno de ellos",⁵² siendo la estructuración básica del sistema del delito actualmente la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, haciendo mención que dentro de los elementos del tipo penal se deben acreditar: el elemento normativo de carácter jurídico, consistente en la palabra robo (al tratarse de una norma de reenvío), remitiéndonos al artículo 367 (el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley), del Código Penal, que nos indica lo

⁵².- Silva S. Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Ed. J. M. Bosch Editor, S.A. Barcelona 1992, pág. 382.

que debemos entender por esa palabra, debiéndose acreditar por tanto los elementos constitutivos de ese ilícito, por lo que en lo subsecuente de este trabajo se realizará el análisis de dichos elementos sin referirnos a la palabra robo, y con ello evitar confusiones, siendo los elementos que estructuran dicho tipo penal, y que lo diferencian del tipo básico de robo, los siguientes: a) Sujeto activo plurisubjetivo (debe ser cometido por dos o más sujetos); b) Objeto material (no importa el monto de la cosa robada); c) Medios comisivos (tiene que ser cometido con 1.- Violencia, 2.- Acechancia o 3.- cualquier circunstancia que: I.- Disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o II.- La ponga en condiciones de desventaja; d) Punibilidad (se le establece una pena específica).

Sin embargo, para no dejar de analizar aspectos que a veces se pueden presentar en los delitos, se estudiarán también las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad aplicándolo al presente ilícito.

CAPITULO SEGUNDO.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371 ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL.

El tipo penal del delito que nos ocupa (robo especial cualificado), está previsto en el artículo 371 párrafo tercero, del Código Penal, y se encuentra ubicado dentro del título vigésimo segundo, denominado delitos en contra de las personas en su patrimonio.

Este ilícito se integra por "los elementos del delito en general más los propios de esta figura delictiva",¹ ya mencionados anteriormente y que serán analizados en este capítulo.

2.1.- Tipicidad.

Es un elemento esencial general, ya que sin el no existiría delito, siendo considerado como "la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal",² en el presente caso se presentará cuando haya adecuación al artículo 371 párrafo tercero, del Código Penal, numeral en el que además se contienen los elementos esenciales específicos, que sirven para diferenciarlo de otros ilícitos.

¹.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo fundamental, básico o simple. Ed. Porrúa, S.A. Edic. 2a. México, 1989, pág. 28.

².- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1993. pág. 231.

2.1.1.- Elementos del tipo.

Son aquellos requisitos indispensables para que se de la tipicidad y los podemos dividir en:

2.1.1.1. Elementos objetivos descriptivos:

Son aquellos elementos "que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos",³ es decir, "son conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como descriptivos, aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico";⁴ entre los que se encuentran:

³.- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias. Edic. 2a. Barcelona. 1985. pág. 172.

⁴.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. ob. cit., pág. 365.

2.1.1.1.1.- Conducta: apoderamiento.

Por este elemento entendemos todo comportamiento dependiente de la voluntad humana⁵, dirigido a un fin, en el presente ilícito la conducta típica es el apoderamiento que realizan los sujetos activos de una cosa ajena mueble.

Concepto de apoderamiento.

Este es el verbo típico en este ilícito,⁶ y significa "hacerse dueño de alguna cosa, apoderarse de bienes ajenos",⁷ es decir, que los sujetos activos pongan la cosa bajo su poder (el objeto material), deben tener la facultad de disposición sobre la cosa para fines propios, el disponer en un acto de la voluntad por el que actuamos sobre la cosa deliberada y conscientemente.⁸

Algunos autores como Antonio de P. Moreno, opina al respecto que "apoderar es hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla

⁵.- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. ob. cit., pág. 200

⁶.- Raúl. F. Cárdenas. Derecho Penal Mexicano del Robo. Ed. Porrúa S.A. México. 1977, pág. 103, al respecto nos dice que es el verbo rector que matiza la acción ejecutiva en el robo, e integra el núcleo del tipo.

⁷.- García Pelayo y Gross, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado. Ed. Larousse. México. 1992, pág. 82.

⁸.- Criterio de la Suprema Corte de Justicia, sustentado en la tesis jurisprudencial visible en el semanario judicial de la federación, XLIV, p. 178. 5a. época.

bajo su poder".⁹ Por su parte Francisco González de la Vega, manifiesta que "apoderamiento es la acción por la que el agente toma la cosa que no tenía y la quita de la tenencia del propietario o detentador legítimo".¹⁰ Mientras que Francisco Pavón Vasconcelos, expone que apoderamiento es la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular.¹¹

"El momento consumativo es esencial para desentrañar la comprensión del propio verbo".¹² Al respecto, existen diversas teorías para explicar el momento consumativo del apoderamiento:

La de la aprehensión (aprehensio), para la que basta con que el agente ponga mano sobre la cosa; la de la remoción (amotio), que requiere una remoción o traslado de la cosa del lugar donde se encontraba; la de la privación (ablatio), que exige quitar la cosa de la esfera de custodia de su tenedor, y la de la destinación (illatio) que alarga el momento consumativo

⁹ - Moreno, Antonio de P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Ed. Porrúa S.A., México 1988, pág. 141.

¹⁰ - González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Ed. Porrúa S.A. Edic. Quinta. México. 1981. pág. 405.

¹¹ - Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ed. Jurídica Mexicana. Edic. 2a. México. 1984, pág. 23.

¹² - de Cerredo, Damianovich. Delitos contra la Propiedad. Ed. Universidad. Edic. 2a. Buenos Aires. 1988, pág. 68

a aquel en el cual el agente ha logrado trasladar la cosa al lugar al cual la destinaba para aprovecharla o utilizarla de cualquier modo.¹³

Al respecto cabe hacer mención que "el momento consumativo del delito que nos ocupa, debe existir la consolidación del propio poder sobre el bien mueble, y debe coincidir con la exclusión de hecho del poder del dueño o de quien por éste obtenía la cosa",¹⁴ por lo que la teoría más acertada respecto de la consumación del apoderamiento es la teoría de la esfera de custodia o ablatio, ya que "la disposición de un objeto supone siempre el ejercicio de actos que importan una ubicación de aquél en el espacio con acceso expedito a quien ejerce ese poder, el quebrantamiento de tal ubicación, que no es meramente la salida del sitio en que estaba instalado, sino la salida de todo el ámbito donde la víctima podía ejercer los actos de disposición material, constituye el apoderamiento".¹⁵

¹³.- Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Ed. Astréa de Alfredo y Ricardo Depalma. Edic. 2a. Buenos Aires. 1988, pág. 413. Teorías en que coinciden algunos otros autores (aunque algunos con algunas variantes), como son: Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude; Damianovich de Cerrado, en su obra Delitos contra la propiedad, etc.

¹⁴.- Ver a Damianovich de Cerrado en su obra Delitos contra la Propiedad, pág. 70.

¹⁵.- Loc. Cit., pág. 72.

2.1.1.1.1.- Clasificación del delito en orden a la Conducta.

Es un delito de acción.

Como la conducta es el "apoderarse", que determina necesariamente un actuar voluntario, un movimiento corporal identificado con el traer la cosa al poder del agente, este delito es de acción,¹⁶ es decir el verbo típico supone una actividad voluntaria.

Otra de las formas de conducta en como se pueden cometer los delitos, es la omisión, en este caso por ser un delito de resultado material, tendría que ser cometido mediante omisión impropia (comisión por omisión). En algunos casos se acepta que el delito de robo puede ser cometido omisivamente, cuando por ejemplo, se tiene en detentación subordinada (porque está subordinadamente bajo la vigilancia del ofendido), una cosa ajena mueble, y el agente del delito se niega a entregarla, aquí no existe apoderamiento (ya que este presupone una actividad voluntaria), sin embargo como se quedó con una cosa ajena mueble, que tenía en detentación subordinada, resulta aplicable el artículo 7° párrafo segundo (en donde se habla de cuándo se puede atribuir el

¹⁶.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit., pág. 28.

resultado a una conducta omisiva), por lo que podría atribuírsele el resultado (perjuicio patrimonial del ofendido), a la inactividad voluntaria, realizada por el sujeto activo; empero, el delito a estudio (tipo especial cualificado), toda vez que requiere medios comisivos para la realización del evento delictivo (violencia, acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja), no podría realizarse omisivamente, ya que si primeramente manifestamos que tuviese el sujeto activo en detentación subordinada una cosa ajena mueble, necesariamente la utilización por ejemplo de la violencia sería posterior a la negativa de entregar el objeto material (que sería el momento consumativo del robo), por lo cual no se podría dar el delito a estudio, aunque si el previsto en el numeral 367, del Código Penal, concurriendo al mismo la circunstancia calificativa de violencia, prevista en el artículo 374 del citado ordenamiento (cuando la violencia se ejercite después de haber consumado el robo, para darse a la fuga).

Es un delito unisubsistente o plurisubsistente.

Será unisubsistente cuando se realice con un solo acto (apoderarse de una cosa), y este acto constituya una acción, y constituirá

un delito plurisubsistente cuando con varios actos, que se dan en un solo contexto de acción (unidad de acción), se comete el delito (quitarle a una persona la mochila, la chamarra, los zapatos), en este caso esos actos de apoderamiento constituyen una acción, es decir, se realiza un solo robo (tipo especial cualificado).

2.1.1.1.2.- Clasificación del delito en orden al Resultado.

Es de resultado material.

El ilícito a estudio, requiere para su integración que se presente un cambio en el mundo exterior de carácter económico, ya que al apoderarse dos o más sujetos, mediante los medios requeridos, de cosas ajenas muebles, aumentan su patrimonio y concomitantemente a esto se debe dar una disminución en el activo patrimonial del sujeto pasivo, por lo que "es un elemento configurador del tipo delictivo en su perfecta plenitud (consumación)."¹⁷

Es un delito instantáneo.

¹⁷.- Jiménez Huerta, Mariano. Panorama del Delito. Nullum Crimen Sine Conducta. Ed. Imprenta Universitaria. México. 1950, pág. 85.

El delito previsto en el artículo 371 párrafo tercero, una vez que se integran sus elementos constitutivos (esenciales generales y específicos), su consumación se termina (artículo 7° fracción I, del Código Penal).¹⁶

Es un delito de lesión o daño.

El bien jurídico en este ilícito lo constituye el patrimonio, siendo que al verse disminuido (ya que el objeto material debe ser cuantificable - no importando su monto-) por la realización de la conducta (apoderamiento) mediante los medios requeridos por el tipo penal, sufre una afectación, es decir se lesiona.

2.1.1.1.2.- Modalidades de la conducta.

Este apartado está referido a la exigencia de medios específicos para cometer el presente ilícito.

¹⁶.- Código Penal. Ed. Sista. México. 1998, pág. 5.

2.1.1.1.2.1.- Medios comisivos.

El párrafo tercero del artículo 371, del Código Penal, especifica, que para llevar a cabo la conducta del delito de robo (tipo especial cualificado -apoderamiento-), se deben utilizar, la violencia, acechancia o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja. Aquí es determinante un criterio objetivo, que se plasma al agravar la penalidad (respecto del delito básico -robo-), por la forma de comisión del ilícito.¹⁹

2.1.1.1.2.1.1.- Violencia.

Dogmáticamente el concepto de violencia lo encontramos en el artículo 373, del Ordenamiento Sustantivo de la materia, y la podemos dividir en física y moral, siendo que en sus párrafos segundo y tercero del citado numeral se conceptúa respectivamente, la primera como "la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona";²⁰ y respecto de la violencia moral el último párrafo menciona que se presenta "cuando el

¹⁹.- Ver a Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 362.

²⁰.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 92.

ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave presente o inmediato, capaz de intimidarlo".²¹

Ahora bien, respecto de la violencia física es preciso mencionar que, cuando en la realización del evento delictivo se causan lesiones, éstas constituyen un delito autónomo, debiendo sancionarse de acuerdo al concurso real; asimismo cuando se utiliza como medio comisivo la violencia física, pero se causan lesiones, si no son producto directamente de la ejecución de la conducta (apoderamiento), las mismas pueden ser consideradas como constitutivas del delito de lesiones, como lo dispone el artículo 372 párrafo segundo, segunda parte, del citado ordenamiento, ya que no hay que perder de vista que la violencia física se considera como la fuerza material que para lograr el apoderamiento se ejerce sobre una persona, es decir, esta fuerza no necesariamente se tiene que traducir en lesiones causadas al sujeto pasivo.

Asimismo es necesario dejar asentado que aquí no es necesario mencionar las consecuencias de la utilización de dicho medio, como son el que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, ya que la violencia, por ejemplo la física, debe

²¹.- *Ibidem*.

ser de tal magnitud que con ella se logre el apoderamiento, ya que si no es así no se puede decir que se utilizó dicha circunstancia como medio para cometer el presente ilícito, es decir, no sería un medio idóneo o a lo mejor pudiese constituir uno relativamente idóneo, más sin embargo ninguno de los dos (inidóneo o relativametre idóneo) constituirían el requisito que se analiza, por lo que forzosamente se debe disminuir como consecuencia las posibilidades de defensa del sujeto pasivo.

2.1.1.1.2.1.2.- Acechancia.

De este medio de comisión podemos decir que es "el observar, vigilar cautelosamente",²² al sujeto pasivo, que al igual que el anterior medio comisivo, debe traer como consecuencias el disminuir las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, ya que de no ser así no se actualizaría el medio comisivo que se analiza y por lo tanto no se integraría el presente ilícito, aunque si se acreditara el delito de robo simple.

²².- García Pelayo y Gross, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado. Ob. Cit., pág. 12.

2.1.1.1.2.1.3.- Cualquier circunstancia que:

En la redacción de este tipo penal (especial), el legislador trató primeramente, de hacerlo de manera casuística al reglamentar los medios comisivos, regulando la violencia y la acechanza, y posteriormente para que no se le pasara ningún otro medio que trajera como consecuencias el disminuir las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo pusiera en condiciones de desventaja, plasmó la frase "cualquier circunstancia", englobando con ello cualquier medio utilizado para llevar a cabo el ilícito a estudio, que conllevara las consecuencias mencionadas, lo cual resulta criticable, ya que no era necesario entonces reglamentar de manera específica la violencia y la acechanza, sino que las mismas quedaban englobadas en la frase "cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja".

2.1.1.1.2.1.3.1.- Que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima.

Esta parte se refiere a una de las consecuencias que se deben producir por el ejercicio de los medios utilizados para la comisión del delito de robo (tipo especial cualificado), referida a que el sujeto pasivo no pueda oponer algún tipo de defensa para proteger el objeto material, del cual los agentes se quieren apoderar.

2.1.1.1.2.1.3.2.- Que ponga en condiciones de desventaja al sujeto pasivo.

Esta es otra de las consecuencias que se originan por la utilización de los medios para la comisión del delito de robo (tipo especial cualificado), en la que debe existir ventaja para los agentes del delito al realizar el apoderamiento ilícito.

2.1.1.1.3.- Objeto material: cosa.

En este delito lo constituye una cosa (sobre la cual recae el apoderamiento), que debe tener como atributos o características, el ser mueble, es decir trasladable de un lugar a otro (por naturaleza, conforme al artículo 793 del Código Civil), debe tener corporeidad, es decir, que tenga cuerpo (estado físico: sólida, líquida o gaseosa), debe tener un valor económico (ya que el objeto material debe ser cuantificable -no importando su monto-) y debe estar dentro del comercio (artículos 748 y 749 del Código Civil), para ser susceptibles de apropiación.²³

2.1.1.1.4.- Resultado: perjuicio patrimonial.

"Para que exista delito debe haber un cambio en las condiciones del mundo exterior",²⁴ es decir, debe existir un resultado estrictamente naturalístico (representado por una mutación del mundo exterior) y despojado de toda consideración valorativa,²⁵ para que se pueda consumir, ya que éste es un elemento esencial específico del ilícito a

²³ - Cfr. la obra de Porte Petit Candaup, Celestino. Robo Simple. Tipo Fundamental. Ob. Cit., pág. 30.

²⁴ - de Cerredo, Damianovich. Delitos contra la Propiedad. Ob. Cit., pág. 43.

²⁵ - Jiménez Huerta, Mariano. Panorama del Delito. Ob. Cit., pág. 85.

estudio (es el efecto de la conducta que el Derecho toma en consideración, en cuanto conecta a su producción consecuencias de carácter²⁶).

Clases de resultado material.

Se hace referencia a determinados tipos de resultado fáctico o material, como por ejemplo: físicos, que consisten en la mutación de la forma o substancia de las cosas (daño en propiedad ajena); fisiológicos, si consisten en la producción de una determinada situación de hecho que puede original el fin de la vida (estado de peligro para la vida); anatómicos, cuando consisten en la cercenación de alguno de los miembros que forman la integridad del cuerpo humano (pérdida de un brazo); psíquicos, si producen determinadas psicosis o psicopatías (debilitamiento de una facultad mental).²⁷ Ahora bien, tomando en consideración que en este caso el resultado consiste en una disminución en el activo patrimonial del sujeto pasivo y un aumento en el de los sujetos activos, el resultado que se presenta en el presente ilícito es de carácter económico.

²⁶.- *Ibidem*.

²⁷.- Ver a Jiménez Huerta, Mariano. *Panorama del Delito*. Ob. Cit., pág. 85.

2.1.1.1.5.- Bien jurídico tutelado: patrimonio.

Este delito está previsto como ya se mencionó anteriormente en el título Vigésimo Segundo, denominado "delitos en contra de las personas en su patrimonio", por lo que dogmáticamente, el valor que se tutela en el párrafo tercero del artículo 371, del Código Penal, es el patrimonio de las personas, aunque esto se ha criticado mucho (respecto al robo, pero también aplicable al delito en estudio), ya que se dice que es una noción jurídica bastante compleja, porque se debe tomar en cuenta lo señalado por la legislación civil al respecto (que constituye una universalidad de bienes, de activos y de pasivos), ya que debe ser lo mismo en ambas ramas jurídicas (civil y penal), entonces se dice que no se atenta contra todo lo que constituye el patrimonio, sino solamente contra el activo patrimonial.

Algunos autores piensan que lo que se tutela en el delito de robo (a semejanza con el que aquí se estudia) es la propiedad, que "como derecho real requiere la libre disposición de la cosa".²⁸ así como que la disposición se traduce en un poder físico, poniéndose como ejemplo, el que un ladrón nunca logra, merced al apoderamiento, que la cosa pase a

²⁸.- de Cerredo, Damianovich. Delitos contra la Propiedad. Ob. Cit., pág. 46.

ser suya, pero impide a la víctima que ejerza la disposición de aquello que sigue perteneciéndole.²⁹

Otros argumentan que lo que es tutelado es la posesión, entre ellos se encuentra Raúl F. Cárdenas,³⁰ sin embargo, si este fuese el bien jurídicamente tutelado "el propio ladrón fuera sujeto pasivo del hurto o robo de la misma cosa, él desprovisto del *ánimus*, estaría pues desprovisto de posesión".³¹

Inclusive algunos autores establecen una teoría del patrimonio en el derecho penal, pero esto tampoco resulta acertado, ya que no se deben establecer teorías particulares respecto a este instituto jurídico, es decir, lo que significa para el derecho privado, debe ser igual a su significado en el derecho penal, laboral, etc., es decir, esta institución jurídica debe ser unívoca para todos los campos, ya que debe ser una noción genérica de todo el ordenamiento jurídico.

²⁹ - Loc. Cit., pág. 47.

³⁰ - Raúl. F. Cárdenas. Derecho Penal Mexicano del Robo. Ob. Cit., pág. 104.

³¹ - de Cerredo, Damianovich. Delitos contra la Propiedad. Ob. Cit., pág. 47.

Por su parte Jorge Frías caballero piensa que es "la disponibilidad material de la cosa", algunos otros autores consideran que los bienes protegidos en el delito de robo, son la propiedad y la posesión.³²

Como podemos observar, existe mucha controversia en relación a cual es el bien tutelado (en el robo y por ende en el delito a estudio), por lo que en el presente trabajo se atenderá, desde un punto de vista dogmático, (recurriendo a lo que señala el Código Penal), a que el bien jurídico protegido en el delito en comento es el patrimonio de las personas.

2.1.1.1.6.- Imputación objetiva del resultado.

Este elemento del tipo solo debe analizarse en los delitos de resultado material, ya que en los delitos formales o de simple conducta, al no exigirse que se de resultado (para la existencia del delito), estos se consuman por la sola realización de la conducta prevista en el tipo penal y por consiguiente no hay algo que se le pueda imputar al sujeto activo por la realización de su conducta; siendo que en el delito a estudio se presenta

³².- Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo Fundamental, simple o básico. Ob. Cit., pág. 29.

un resultado de carácter económico, por lo que se puede imputar a la conducta llevada a cabo por los sujetos activos un resultado material (naturalístico), y debe reunir los siguientes requisitos:

a) Nexo causal.

Conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (condicio sine qua non), habrá nexo causal entre la acción y el resultado, si la acción realizada fué la causa que dio origen al resultado (que como dijimos anteriormente solo podrá cometerse con una actividad voluntaria), y en el ilícito a estudio debemos comprobar ese nexo, esa relación que existe entre la conducta del sujeto de apoderamiento y la disminución en el activo patrimonial del sujeto pasivo (perjuicio patrimonial).

b) Creación o incremento del riesgo para bienes jurídicos.

La creación del riesgo se da frecuentemente por conductas dolosas (que es la única forma de cometer el delito que se analiza) que se encuentren dentro de la probabilidad genérica de causar un resultado, en el caso a estudio cuando mediante la violencia, varios sujetos realizan el apoderamiento de cosas ajenas muebles, ahí se está creando un riesgo

dentro de los ámbitos de probabilidad extrema (genérica) de que los sujetos causen el resultado (perjuicio patrimonial).

Respecto al incremento del riesgo, hay que hacer mención que existen riesgos en la vida que son socialmente permitidos, si se actúa dentro de esos riesgos no se pueden atribuir el resultado, a pesar de existir nexo causal, aunque ante el incremento de los mismos si se le puede imputar el resultado al sujeto activo, por que ya no se encontrará dentro de los riesgos permitidos, sino los está incrementando (esto sería generalmente aplicable en los delitos culposos, en donde por ejemplo alguien conduce un vehículo -riesgo permitido-, si lo hace a mayor velocidad, está incrementando ese riesgo), en el delito de robo (tipo especial cualificado), no se presentaría esta hipótesis, sino la creación del riesgo al realizar el comportamiento establecido como prohibido.

c) El bien jurídico se debe encontrar dentro de la esfera de protección del tipo penal (norma).

Esto significa que el bien jurídico que se protege (patrimonio), deberá estar en la esfera de protección del tipo penal (artículo 371 párrafo tercero, del Código Penal), por lo que si varios sujetos activos mediante la

violencia, acechanza o cualquier otro medio que ponga en condiciones de desventaja o disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, se apoderan de cosas ajenas muebles, y causa un perjuicio patrimonial, habrá un nexo causal de acuerdo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, por tanto también se presentará la creación de un riesgo para el bien jurídico (patrimonio), porque dolosamente se está apoderando de dichos objetos, y por consecuencia ese lo que ese bien jurídico está dentro del ámbito de protección de la norma en relación a la conducta que llevaron a cabo los sujetos. En este supuesto al reunirse los requisitos antes mencionados se puede imputar objetivamente el resultado a los sujetos activos.³³

2.1.1.1.7.- Sujetos:

Son las personas que intervienen en el delito.

³³.- Sobre este tema ver la obra de Bustos Ramírez, Juan y Larrauri, Elena. La Imputación Objetiva. Ed. Temis. Bogotá - Colombia, 1989; y a Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. ob. cit., pág. 389.

2.1.1.1.7.1.- Sujeto activo.

Es quien realiza el delito, y de acuerdo a su clasificación podemos decir, que será común o indiferente, porque lo puede cometer cualquier persona, es decir, no se requiere alguna calidad en especial en el sujeto activo.

De acuerdo a la forma de intervención en el delito, debe ser forzosamente como coautor (coautoría necesaria, exigida por el tipo penal a estudio), esto es, no puede presentarse simplemente una autoría material en este delito, ya que el tipo penal exige que se lleve a cabo por dos o más sujetos. Puede actuar también como autor mediato, cuando se valga de dos sujetos que utilizando la violencia, etc. se apoderen de cosas ajenas muebles (no responsables en el delito -inimputables o aquellos que se ven obligados-). También en el delito pueden ser partícipes, es decir, pueden intervenir como instigadores (cuando determinan a un grupo de personas para que por medio de la violencia, se apoderen de cosas ajenas muebles). Asimismo pueden participar en el delito como cómplices (por ejemplo si al estar realizando el delito dos o más sujetos, éstos prestan ayuda a los coautores para lograr el apoderamiento).

2.1.1.1.7.1.1. En cuanto al número: plurisubjetivo.

Debe existir un número específico en los sujetos activos, ya que es necesario que se realice por dos o más sujetos, por lo que el presente delito será plurisubjetivo, colectivo, de concurso necesario o pluripersonal, ya que para la realización del delito a estudio, el tipo penal respectiva, requiere que se lleve a cabo la conducta por dos o más sujetos, "es básica la concurrencia de un acuerdo entre ellos en cuanto el objetivo a alcanzar, el que comprende la forma de lograrlo y los medios que se emplearán al efecto".³⁴

2.1.1.1.7.2.- Sujeto pasivo.

Es el titular del bien jurídico o quien pueda disponer de la cosa con arreglo a la ley.

Aquí hay que distinguir entre sujeto pasivo de la conducta, que es sobre quien recae la conducta y sujeto pasivo del delito, que es el titular

³⁴ - Garrido Montt, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1984, pág. 23.

de el bien jurídico tutelado, por ejemplo cuando se apoderan de un vehículo, el chofer será el sujeto pasivo de la conducta y el propietario el sujeto pasivo del delito.

En orden a la calidad es impersonal, ya que puede ser sujeto pasivo cualquier persona, no se requiere algún tipo de calidad en el sujeto pasivo.

En orden al número, monopasivo, ya que para este delito basta con la concurrencia de un solo sujeto pasivo.

2.1.1.2.- Elementos objetivos normativos:

Estos elementos son aquellos "que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social",³⁵ y normalmente "se hallan en juego momentos de realidad aprehensible por los sentidos, por lo que también se encuentran en relación con el mundo de los hechos";³⁶ son

³⁵.- Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., pág. 172.

³⁶.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ob. Cit., pág. 366.

palabras utilizadas en los tipos penales (por el legislador), que requieren de una valoración de quien las interpreta, y pueden ser:

2.1.1.2.1.- De valoración jurídica:

En el ilícito a estudio son las palabras: robo, y como consecuencia: cosa, ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento, que para poder ser entendidas por el interprete deben ser complementadas conforme a las normas jurídicas, la primera, remitiéndose al artículo 367 del Código Penal y las restantes de acuerdo a la legislación civil.

2.1.1.2.1.1.- Robo.

Esta palabra es una norma de reenvío, que se debe analizar de acuerdo a lo establecido en el numeral 367 del Código Penal, que a la letra dice: "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,³⁷ debiéndose acreditar esos elementos al examinar el delito que nos ocupa.

2.1.1.2.1.2.- Cosa.

Por la palabra cosa debemos entender de acuerdo a la concepción de lo que es bien en la legislación civil.³⁸

2.1.1.2.1.3.- Ajena.

El carácter ajeno de la cosa (objeto material del delito de robo), se da porque no nos pertenece, por no ser propia.³⁹ En este orden de ideas hay que mencionar que en algunas resoluciones la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto: "ese delito puede existir aún cuando se ignore quién es el dueño del objeto robado",⁴⁰ "la locución significa

³⁷.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 91.

³⁸.- Código Civil. Ed. Sista. México. 1997, pág. 65, artículos 747 en adelante. Asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que cosa es sinónimo de bienes, aunque con mayor connotación. Semanario Judicial de la Federación, XXVIII, p. 811, 5a. época.

³⁹.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo Fundamental, simple o básico. Ob. Cit., pág. 54.

⁴⁰.- Semanario Judicial de la Federación. IV. pág. 327.

exclusivamente que la cosa objeto de ilícito, no pertenece al sujeto activo, sin importar quién es su legítimo propietario o poseedor.⁴¹

Varios autores al respecto de la ajenidad de la cosa, mencionan diversa problemática en cuanto a instituciones jurídica, tales como la copropiedad y la que se presenta en una sociedad (personas morales colectivas o sociedad conyugal), donde es aceptada la comisión del delito de robo, situaciones que de igual manera se presentarían en el delito que se analiza, máxime si tomamos en cuenta los medios que son requeridos (que pongan en condiciones de desventaja o disminuyan la defensa del sujeto pasivo), por lo que si se puede cometer el delito de robo (tipo especial cualificado), cuando se realice por dos o más sujetos utilizando algún medio que ponga en condiciones de desventaja o disminuya la defensa del sujeto pasivo, aunque parte de la cosa les pertenezca (copropiedad o alguna sociedad).

⁴¹.- Semanario Judicial de la Federación, CXXVI, 5a. época. pág. 831.

2.1.1.2.1.4.- Mueble.

Aquí el interprete de la norma debe remitirse al ordenamiento civil para saber el significado de esa palabra, siendo que de acuerdo al artículo 752, del Código Civil, los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley, debiendo quedar comprendidos en el ámbito del derecho penal, solo aquellos bienes considerados muebles por su naturaleza; en este orden de ideas el numeral 753 del citado ordenamiento, dispone que son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden ser trasladados de un lugar a otro, ya se muevan por si mismos, ya por efecto de una fuerza exterior, por lo que esta noción es válida para efectos de derecho penal.

También puede ser que se trate de bienes inmuebles, pero al desincorporarlos de su lugar se convierten en muebles y por lo tanto serían susceptibles de apropiación, por ejemplos, el apoderarse de ladrillos de una pared, ya que en este ejemplo, los objetos podrían ser trasladados de un lugar a otro, y por ende susceptibles de apropiación.

2.1.1.2.1.5.- Sin consentimiento.

La falta de consentimiento es un elemento típico, es un requisito necesario para la existencia del delito que se analiza, esto es la falta "unilateral de voluntad con la cual quien es capaz de obrar, renuncia a su interés jurídicamente protegido y del cual puede disponer válidamente".⁴²

Nos dice Jiménez Huerta, respecto al consentimiento, que debe otorgarlo la persona que puede disponer de ella, el sujeto pasivo del delito, o séase, el ofendido o titular del bien jurídico lesionado, esto es el titular del patrimonio al que la cosa pertenezca; no basta el de la persona que posea la cosa, sino que se requiere el consentimiento de la persona que, en el caso concreto, pueda enajenarla con plena validez.⁴³

⁴².- Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Ed. Temis. Edic. 2a. Bogotá Colombia. 1975, pág. 198.

⁴³.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Parte Especial. La tutela penal del patrimonio. Tomo IV. Ed. Porrúa, S.A. México. 1978. págs. 63 y 64.

2.1.1.2.1.6.- Sin derecho.

Esta expresión es criticable a virtud de que viene a constituir una antijuridicidad especial tipificada,⁴⁴ términos que no deben ser utilizados en la elaboración de los tipos penales, ya que de antemano sabemos que todos los delitos deben contenerlos, es decir, "la mención es innecesaria puesto que la antijuridicidad es integrante general de todos los delitos",⁴⁵ por lo que se sobreentiende que para que haya delito debe realizarse el comportamiento prohibido sin derecho, siendo además de que el término, sin consentimiento es suficiente para dar esa noción de ilicitud, por lo que ambas palabras además tienen el mismo sentido, constituyendo un pleonasma, no siendo necesaria su reglamentación.

2.1.1.2.2.- De valoración cultural.

Como se mencionó anteriormente, son aquellas locuciones que utiliza el legislador al crear los tipos penales que requieren de una valoración cultural, de acuerdo a un contexto social, estos no se presentan en el ilícito a estudio.

⁴⁴ - Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo Fundamental, simple o básico. Ob. Cit., pág. 72.

⁴⁵ - González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Ob. Cit., pág. 405.

2.1.1.2.- Elementos subjetivos.

2.1.1.2.1.- Dolo.

“Es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo”,⁴⁶ siendo que al ser estudiado actualmente dentro de los elementos del tipo penal (dolo natural) “es también un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos”.⁴⁷

Clases de dolo:

En el artículo 9, del Código Penal, se regulan únicamente el dolo directo y el eventual,⁴⁸ los cuales contiene dos elementos:

a) Elemento intelectual o cognoscitivo.

⁴⁶.- Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Ob. Cit., pág. 338.

⁴⁷.- Ibidem.

⁴⁸.- Código Penal. Ob. Cit. pág. 4, que a la letra dice: 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.

Este elemento se presentará cuando los sujetos activos (actuando en coautoría) conozcan que se apoderan de cosas que se pueden trasladar de un lugar a otro (muebles), que no les pertenecen (ajenas) utilizando violencia, asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja y además que lo hacen sin consentimiento de quien puede disponer de dicho objeto conforme a la ley.

b) Elemento afectivo, emocional o volitivo.

Se presentará el dolo directo cuando conociendo los elementos objetivos del tipo penal quiera llevarlos a cabo, esto es, cuando los sujetos activos, aparte de conocer que se apoderan de cosas ajenas muebles, a través de algún medio que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja (sin consentimiento de la persona que podía disponer de ellas con arreglo a la ley), quieran llevar a cabo ese comportamiento prohibido; que va a ser la forma en como se realizará el delito a estudio (tomando en consideración que para que se integre este delito se requiere que los sujetos activos actúen con ánimo de dominio respecto de la cosa de la que se apoderan, además de requerirse medios específicos para llevarlo a cabo). Mientras que el dolo eventual,

que no se presenta en el delito a estudio, ya que este se actualiza cuando los sujetos activos realizan algún comportamiento que pone en riesgo bienes jurídicos de terceros, sin embargo, previendo esto continúa con su comportamiento, aceptando el resultado en caso de que se produzca.

2.1.1.2.2- Culpa.

El delito que se analiza es eminentemente doloso, ya que no puede cometerse culposamente, en virtud de que, hablamos de que el sujeto activo debe actuar con ánimo de dominio respecto de la cosa de que se apodera, el cual no es posible que se de sin el conocimiento del carácter ajeno de la cosa, por lo que sería un contrasentido hablar que se presentaran dichos elementos por una infracción a un deber de cuidado; además de que al requerirse medios específicos que pongan con condiciones de desventaja o debiliten la defensa de la víctima, también sería erróneo considerar que pudiera darse culposamente.

2.1.1.2.3.- Elemento subjetivo específico, distinto o diverso al dolo: ánimo de dominio (apropiación).

El delito a estudio como se dijo anteriormente, requiere que los agentes del delito actúen con ánimo de dominio respecto a las cosas ajenas muebles, de las que se apoderan, aunque no esté contenido de manera expresa en el artículo 371 párrafo tercero.

Los sujetos activos (actuando en coautoría) no solo deben conocer que utilizando alguna circunstancia que disminuye las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, se apoderan de una cosa ajena, mueble, sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, sino que deben realizar el comportamiento teniendo el fin de apropiársela, o séase, de hacerse dueño de ella, lo anterior se pone de manifiesto, ya que como nos explica el maestro Jiménez Huerta, al hacer referencia al delito de robo (previsto en el artículo 367, mismos que se deben tomar en cuenta al momento de analizar el presente delito), que en el artículo 380, se tipifica la figura penal conocida con el nombre de robo de uso, siendo que al fijarse los caracteres o elementos especializados de esta figura típica, se subraya la necesidad de que la cosa hubiere sido tomada por el sujeto

activo con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, como, sin duda alguna, se exige por exclusión, según la propia voluntad de la ley exteriorizada precisamente en este artículo, en la configuración típica del robo descrito en el artículo 367.⁴⁹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido, que el apoderamiento, con ánimo de apropiación, es lo que caracteriza al delito de robo.⁵⁰

Los delitos que requieren de elementos subjetivos diversos al dolo (anteriormente llamados subjetivos del injusto, ya que eran los únicos elementos subjetivos dentro del injusto, siendo que actualmente el dolo y la culpa -elementos subjetivos- también son estudiados en los elementos típicos) *suelen clasificarse en delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión*,⁵¹ siendo el delito que nos ocupa un delito de los llamados de intención, ya que pertenece al tipo de lo injusto, un determinado fin, perseguido por el autor, que vendría a constituir el ánimo de dominio en el delito a estudio.

⁴⁹.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Parte Especial. La tutela penal del patrimonio. Tomo IV. Ob. Cit., pág. 40.

⁵⁰.- Semanario Judicial de la Federación XXXII, 5a. Epoca. pág. 421.

⁵¹.- Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Ob. Cit., pág. 337.

2.1.2.- Clasificación en orden al tipo.

"El elemento central de los preceptos penales de la Parte Especial es el tipo, en cuanto portador del contenido de injusto de la correspondiente clase de delito",⁵² por lo que "la estructura de los tipos se sujeta a ciertas leyes que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de los elementos que los integran".⁵³

Es un tipo especial, porque "se forma al agregar al tipo fundamental otro requisito, y tiene vida autónoma",⁵⁴ es decir, "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, éste y el básico se eliminan mutuamente".⁵⁵

El delito a estudio decimos, es un tipo especial cualificado, porque las circunstancias que se le agregaron al tipo fundamental o básico

⁵².- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ob. Cit., pág. 354.

⁵³.- Ibidem.

⁵⁴.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal, Parte General. Ob. Cit., pág. 428.

⁵⁵.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ob. Cit., pág. 909.

(forma de comisión del delito), agravan la penalidad con relación al delito de robo.

Es un tipo independiente o autónomo, porque aunque se haya en una conexión criminológica con otro delito, representa una variante independizada y se encuentra, por ello, separada de todo otro delito en el sistema legal.⁵⁶ Esta clase de tipos "forma una norma jurídica independiente, dotada de un contenido propio de desvalor",⁵⁷ "por hallarse completa la descripción en el propio tipo específico".⁵⁸

Es un tipo de formulación casuística, ya que es un delito cometido por medios legalmente determinados (cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja), entendiéndose en tal concepto, aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina.⁵⁹

⁵⁶.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. ob. cit., pág. 363.

⁵⁷.- Loc. Cit., pág. 364.

⁵⁸.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ob. Cit., págs. 789 y 790.

⁵⁹.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, en su obra Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988, pág. 292, al hablar sobre el tema, advierte, que son tipos de formulación casuística aquellos, apelando a una limitación de medios, de objeto, de tiempo, de espacio, etc., es decir, concibe esta clasificación de forma más

Es un tipo alternativamente formado en cuanto a medios, porque el tipo penal a estudio se puede colmar cuando se realice con violencia, acechancia o cualquier otro medio que ponga en condiciones de desventaja o disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, por lo que alternativamente prevé los medios a utilizar para ejecutar el delito.

Es un tipo anormal, porque además de contener elementos objetivos (descriptivos y normativos) requiere de elementos subjetivos para su complementación (elementos que en la actualidad todos los tipos penales los contienen, por lo que todos los tipos penales son anormales).

Es un tipo abierto, porque si bien establece (como norma de reenvío), que la conducta es el apoderamiento de cosas ajenas muebles y que serán sancionados los dos o más sujetos que previo acuerdo y conjuntamente lo realicen sin consentimiento de la persona que pueda disponer del objeto material, no individualiza totalmente el comportamiento prohibido, ya que deja al juzgador que cierre ese tipo penal, para lo cual deberá acudir a pautas o reglas generales, que están fuera del tipo

amplia, manifestando que prácticamente no hay tipos que sean de formulación libre en sentido absoluto, todos son de formulación casuística.

penal,⁶⁰ al establecer como medios comisivos aquellos que pongan en condiciones de desventaja o disminuyan las posibilidades de defensa de la víctima, poniendo como ejemplos la violencia y acechancia, por lo que aquí el juez frente al caso concreto deberá determinar cuál es medio idóneo, y en base al mismo cierre el tipo, pasando después a averiguar si el comportamiento concreto es típico de ese tipo cerrado por el juez.

Es un tipo simple (a diferencia del complejo), ya que tutela solamente un bien jurídico, como lo es el patrimonio de las personas.

2.1.3.- Atipicidad.

Se presentará el aspecto negativo de la tipicidad, cuando no haya adecuación o conformidad a lo descrito por el artículo 371 párrafo tercero (en relación con el 367), del Código Penal, es decir, haya ausencia de sus elementos típicos.

Por ausencia de conducta.

⁶⁰ - Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1991, pág. 395.

Como aspecto negativo de la conducta, podemos mencionar que se puede presentar la fuerza física (un sujeto es físicamente constreñido para que tome una cosa ajena mueble).⁶¹

Por faltar el bien jurídico (que no sea lesionado).

Se presentará cuando los agentes del delito se apoderen de una cosa propia, creyendo que es ajena, por lo que no habría lesión al bien jurídico protegido, por ejemplo, si los agentes del delito utilizando alguna circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja se apoderan de un portafolio creyendo que es ajeno, aquí no habrá atentado en contra del patrimonio (en este ejemplo coincidiría también con el elemento normativo ajenidad, precisamente porque la cosa no es ajena sino propia), siendo que al no poder lesionar el bien jurídico tutelado estaríamos en presencia de una tentativa o delito imposible (no sancionable por no estar prevista en el Código sustantivo de la materia).

Por falta de objeto material.

⁶¹.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit., pág. 29, y Cárdenas, Raúl. F. Derecho Penal Mexicano del Robo. Ob. Cit., pág. 241.

Se presentará cuando no existe el ente corpóreo sobre el cual va a recaer la conducta del sujeto activo (apoderamiento), por ejemplo, varios sujetos pretenden robarse el dinero que está en la caja fuerte de una empresa, emplean para ello la violencia moral, amagan a todo el personal y se dirigen al lugar en donde esta la caja fuerte, en donde supuestamente se encontraba el dinero, sin embargo, estaba vacía; por lo tanto "nadie puede cometer el apoderamiento de una cosa inexistente",⁶² aquí al igual que en el ejemplo anterior se presentaría un delito o tentativa imposible, que por no estar prevista en el Código Penal, no es posible sancionar ese comportamiento.

Por falta de modalidades de la conducta.

Como se dijo anteriormente el delito a estudio es un tipo penal de medios legalmente limitados, por lo que si los medios utilizados no son idóneos (que se quiera amagar al sujeto pasivo con una pistola de plástico, si éste conoce esa circunstancia), o son de los llamados relativamente inidóneos (amagar a una persona con un cuchillo a 15 metros de distancia), o bien, que los mismos no disminuyan las posibilidades de

⁶².- Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo Fundamental, simple o básico. Ob. Cit., pág. 88.

defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, aquí estaremos en presencia de una tentativa o delito imposible, por que los medios requeridos por el tipo penal son inidóneos o relativamente inidóneos, que como ya se mencionó anteriormente no será punible; sin embargo, si los sujetos activos logran el apoderamiento de cosas ajenas muebles pudiera integrarse el delito de robo simple.

Por falta del número requerido en el sujeto activo.

Como se dijo anteriormente, el delito a estudio requiere la concurrencia de dos o más sujetos (es un delito plurisubjetivo, colectivo, de concurso necesario o pluripersonal), es decir, que el delito se realice en coautoría (forma de intervención), por lo que al probarse por ejemplo en un proceso que lo realizó solo un sujeto (autoría material), y que la persona que estaba con él lo ayudó únicamente (cómplice), existirá una atipicidad por falta del número requerido en el sujeto activo.

Por falta del elemento normativo ajenidad.

Se presentará cuando el sujeto se apodera de una cosa propia, creyendo que es ajena, concidiendo como se dijo anteriormente con que no

hay lesión del bien jurídico, es decir, no hay un atentado en contra del patrimonio.

Por existir consentimiento.

Concepto.

Es la existencia "unilateral de voluntad con la cual quien es capaz de obrar, renuncia a su interés jurídicamente protegido y del cual puede disponer válidamente",⁶³ y deberá otorgarse por el sujeto pasivo o de quien legalmente pueda otorgarlo, siendo que un elemento típico necesario para la existencia del delito que se analiza, es la falta del consentimiento, por lo que al existir este dará origen a una atipicidad "con arreglo al principio de ausencia del interés. Pues supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico",⁶⁴ por lo que en este caso "la norma cede, como consecuencia de renuncia del bien jurídico amenazado, a la protección jurídica".⁶⁵

⁶³ - Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 198.

⁶⁴ - Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 414.

⁶⁵ - Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 404.

Fundamento.

El fundamento de la eficacia del consentimiento está en que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objetos de tutela), en cuanto el privado los considera y trata como valiosos, de modo que el otorgar "permiso" para su destrucción, ellos se tornan "inidóneos como objetos de una violación jurídica", ya que no son protegidos en su materialidad por el derecho, sino en cuanto son objeto de interés de parte del privado.⁶⁶

Requisitos.

Los requisitos para que opere el consentimiento se encuentran previstos en el artículo 15 fracción III, del Código sustantivo de la materia.

Artículo 15.- El delito de excluye cuando:

Fracción III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos.

a) Que el bien jurídico sea disponible;

A este respecto, tenemos que el patrimonio es un bien jurídico disponible.

⁶⁶.- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Ed. Tea. 1a. Reimpresión. Argentina. 1951, pág. 373.

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

Tendrán capacidad jurídica para disponer de la cosa, el propietario o quien legalmente represente sus intereses, y si éstas personas consienten la afectación de ese bien, será válido el consentimiento.

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Esto es, que el titular del derecho otorgue el consentimiento expresamente o cuando el consentimiento hubiera sido otorgado si el supuestamente ofendido hubiera tenido conocimiento de la situación de hecho y ocasión,⁶⁷ este último supuesto es poco probable que se presente, ya que los sujetos activos deben de utilizar como medio, alguno que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja (siendo utilizado en la mayoría de los casos la violencia físico o moral), por lo que los sujetos activos tendrán conocimiento que realizan su comportamiento sin consentimiento del sujeto pasivo.

⁶⁷ - Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 431

Naturaleza.

El consentimiento del ofendido tiene una doble función, pues puede originar una atipicidad o una causa de justificación,⁶⁸ en el delito a estudio vendrá a constituir una causa de atipicidad.

Momento en que debe otorgarse.

Para que tenga eficacia el consentimiento, debe otorgarse, previo o concomitante a la realización del robo, habida cuenta que un consentimiento posterior no produciría como en los casos anteriormente mencionados, una atipicidad,⁶⁹ ya que haría los efectos del perdón, que no procedería por ser un delito perseguible de oficio.

Bienes disponibles e irrenunciables.

El consentimiento sólo puede ser apreciado en casos en los que el bien jurídico amenazado está sometido en toda su extensión, tanto

⁶⁸.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal, Parte General. Ob. Cit., pág. 452.

⁶⁹.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo Fundamental, simple o básico. Ob. Cit., pág. 93.

desde el punto de vista general como concreto, a la disposición privada",⁷⁰ y son disponibles, aquellos bienes en donde el consentimiento del interesado de como consecuencia que al realizar la acción el sujeto activo este no sea responsable (por no haberse integrado el delito, ya sea porque constituya una causa de atipicidad o una causa de licitud). Serán irrenunciables de protección: los supuestos que constituyen ataques contra bienes jurídicos de la colectividad, aquellos en los que al realizar el delito aún contando con el consentimiento del titular, el sujeto activo será responsable (por ejemplo el consentir un sujeto en que lo priven de la vida) y "en los casos en que los que la actuación contra la voluntad pertenece al tipo legal".⁷¹

El sin consentimiento está incluido en el delito que analiza, como "elemento normativo de carácter jurídico, constituyendo, el consentimiento la cara opuesta de aquél; consentimiento que cobra plena eficacia, por recaer en un bien jurídico disponible".⁷²

Por error de tipo.

⁷⁰ - Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 404.

⁷¹ - Ibidem.

⁷² - Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo Fundamental, simple o básico. Ob. Cit., pág. 90.

"Se excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error acerca de una circunstancia objetiva del hecho que deba ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo legal".⁷³

El fundamento

El error de tipo se encuentra previsto en el artículo 15 fracción VIII, inciso A).

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

Fracción VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible.

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

Y en el párrafo segundo se prevé, que si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.⁷⁴

Este supuesto se actualizará cuando el sujeto desconozca que se está apoderando de una cosa ajena mueble, por ejemplo, cuando tres personas se introducen a un domicilio, uno de ellos se queda amagando a

⁷³.- Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Edic. 4a. (castellana). Chile. 1993, pág. 92.

⁷⁴.- Ver Código Penal. Ob. Cit., pág. 7, art. 15 fracción VIII.

los sujetos pasivos mientras los otros sacan las cosas, y otro sujeto llega en ese momento y ve que están sacando los muebles y para hacer amistad ya que apenas se había cambiado a ese domicilio, los ayuda a sacarlos y subirlos a la mudanza, en este supuesto veríamos que estaría cometiendo ese sujeto también el delito de robo (tipo especial cualificado), al presentarse la coautoría sucesiva, sin embargo él no sabe que se está apoderando de una cosa ajena mueble. En este caso el error será vencible, ya que debió haberse cerciorado que lo que estaban realizando era o no una mudanza, por lo que con actuar infringió un deber de cuidado, ya que era superable ese error, poniendo de su parte la debida diligencia.

Siendo que en el artículo 66, se prevé, que: En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del Artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización, por lo que al no admitir esta forma de realización el delito que nos ocupa no habrá delito.

Si es invencible o insuperable, es decir, cuando el sujeto activo, no podía haber salido, aún poniendo la debida diligencia, no comete delito, ya que se anula el elemento subjetivo genérico (dolo).

Por falta del elemento subjetivo específico, distinto o diverso al dolo: ánimo de dominio (apropiación).

Como ya se dijo anteriormente, un elemento del tipo penal que se analiza es el elemento subjetivo específico, diverso o distinto al dolo (subjetivo del injusto), por lo que ante su ausencia, se presentará una causa de atipicidad, pudiéndose presentar el robo de uso, previsto en el numeral 380, del ordenamiento punitivo, cuando los agentes del delito se hayan apoderado de una cosa ajena mueble, utilizando algún medio que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, solo con carácter temporal (para usarla), es decir, si solo quieren utilizarla temporalmente (por ejemplo para llevar a una persona a un hospital).

Ahora bien, cuando se presente alguna causa de atipicidad, lo que procede es decretar la libertad del sujeto, sin embargo, de llegarse a integrarse otro delito (robo simple o robo de uso), si se encuentra la causa en auto de plazo constitucional lo procedente sería reclasificar al delito que realmente aparece comprobado, conforme a lo dispuesto por el artículo 304 bis, del Código de Procedimientos Penales, pero si no se llegara a probar la existencia de alguno de esos elementos cuando ya se

va a dictar sentencia, esa causa de atipicidad (aunque se pudiese acreditar otro delito), daría lugar a una sentencia absolutoria, ya que el delito por el que se fijó la litis del proceso es el de robo (tipo especial cualificado), siendo que ese delito fueron aportadas las probanzas para desvirtuarlo (defensa) o acreditarlo (Ministerio Público), por lo que una reclasificación en esta etapa del proceso no sería válida, ya que se violarían garantías individuales a los sentenciados.

2.2.- Antijuridicidad.

Concepto.

Es el juicio negativo de valor o juicio de desvalor sobre la conducta típica, es decir, es la realización de un comportamiento que contraría el ordenamiento jurídico (con el que se trata de establecer un orden valioso de la vida social),⁷⁵ debiéndose establecer mediante un procedimiento exclusivamente negativo, es decir, a través de la comprobación de que no interviene ninguna norma permisiva (causal de justificación),⁷⁶ por lo que habrá antijuridicidad, cuando habiendo

⁷⁵.- Ver a Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Ob. Cit., pág. 60.

⁷⁶.- Ibidem.

adecuación a lo descrito en el párrafo tercero del artículo 371, del Código Penal, no exista alguna causa de licitud, es decir una contranorma.

2.2.1.- Causas de licitud.

Es la norma referida a los casos normales de conducta antijurídica, que postula tan sólo una vigencia condicional y admiten la primacía de un derecho de actuar fundado en situaciones de excepción⁷⁷, y su fundamento se encuentra en el interés preponderante.⁷⁸

2.2.1.1.- Legítima Defensa.

Esta causa de licitud en el delito a estudio no se presenta, ya que es ilógico pensar que se esta repeliendo una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos (exista racionalidad de los medios empleados y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona

⁷⁷.- Ver a Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 362.

⁷⁸.- Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 409, en donde indica que surge frente al interés otro de más valor que transforma en conducta conforme al derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto.

a quien se defiende),⁷⁹ apoderándose de cosas ajenas muebles, a través de algún medio que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja (sin consentimiento del ofendido). Además hay que recordar que "el ánimo o voluntad de defensa es un elemento de la causa de justificación de la legítima defensa"⁸⁰ (elemento subjetivo de justificación), y el mismo resulta incompatible con el dolo específico del delito a estudio (ánimo de dominio), ya que es incongruente pensar que se tiene el ánimo de dominio sobre cosas ajenas muebles y a su vez también se actúa en defensa de bienes jurídicos (propios o ajenos).

2.2.1.2.- Estado de necesidad.

Esta causa de justificación consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de

⁷⁹.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 6, establecida en el artículo 15 fracción IV.

⁸⁰.- Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Ob. Cit., pág. 408.

afrontarlo;⁸¹ por lo que si pensamos que un sujeto tiene necesidad de comprar un medicamento para su hijo enfermo y no tiene dinero para adquirirlo, siendo indispensable, ya que puede morir, si llega a la farmacia y se apodera del medicamento en compañía de otros sujetos, utilizando algún medio que disminuye las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, en este supuesto le favorece la causa de licitud (estado de necesidad), ya que en este supuesto sacrificará un bien jurídico de menor valor (patrimonio de las personas) que el salvaguardado (vida humana).

2.2.1.3.- Cumplimiento de un deber jurídico.

Se puede presentar el cumplimiento de un deber, cuando por ejemplo en un secuestro judicial, el actuario de un juzgado llega a embargar bienes del demandado, se lleva cosas ajenas muebles, sin consentimiento del dueño (utilizando violencia física -fuerza pública-), entonces al apoderarse de esas cosas muebles ajenas, el actuario, abogados patronos o los endosatarios en propiedad que efectúan el embargo, estarían ante el cumplimiento de un deber (previsto en el artículo

⁸¹. - Código Penal. Ob. Cit., pág. 6, establecida en el artículo 15 fracción V.

15 fracción VI), porque hay un mandato judicial que determina ese embargo de los bienes, entonces ese comportamiento sería permitido.

2.2.1.4.- Ejercicio de un derecho.

"Hay ejercicio de un derecho cuando alguno puede comportarse como se comporta, porque el ordenamiento jurídico lo faculta para ello, ya sea por razón de su oficio, o con base en autorización legítimamente concedida por autoridad competente, o a causa de su situación subjetiva, o en virtud del fin justo que persigue",⁸² pudiéndose presentar en este caso el supuesto establecido en el artículo 2669, del ordenamiento civil⁸³ (ejercicio del derecho de retención), por lo que tenemos que, si dos o más sujetos se apoderan de cosas ajenas muebles (cuando los huéspedes salen del hotel en donde no han cubierto el hospedaje), utilizando algún medio que disminuye las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja (sin consentimiento del sujeto pasivo),

⁸².- Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Ob. Cit., pág. 204.

⁸³.- Código Civil. Ob. Cit., pág. 105, artículo 2669, que prevé que: los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a que ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado.

para retenerlos como garantía del pago del hospedaje, siendo que en este caso operará el ejercicio legítimo de un derecho.

2.3.- Culpabilidad.

Es la responsabilidad personal por el hecho antijurídico,⁶⁴ esto es, el juicio de reproche que se dirige a las personas que antijurídicamente (actuando en coautoría), utilizando algún medio que ponga en desventaja o disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, se apodera de cosas ajenas muebles sin consentimiento de quien podía disponer de ellas con arreglo a la ley, siendo éstos imputables, teniendo conocimiento de que su comportamiento es antijurídico, y además poder exigirseles un comportamiento adecuado a derecho.

Ahora bien, hay que hacer mención que este elemento se integra de requisitos valorativos o normativos, como son la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad del hecho y la exigibilidad de otra conducta (actualmente no contiene elementos subjetivos), por lo que previo a

⁶⁴.- Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Ob. Cit., pág. 57.

formular el juicio de reproche a una persona por la comisión de una conducta antijurídica se deben acreditar dichos elementos.

2.3.1.- Imputabilidad.

Los sujetos que intervienen en el evento antijurídico, deben ser imputables, entendiéndose por este elemento "el poseer el mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico-penal",⁸⁵ debiendo tener:

Capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho.

Esto significa que el sujeto tenga un potencial conocimiento o sea aptitud de conocer que el actuar en coautoría y apoderarse de cosas ajenas muebles, utilizando como medio comisivo alguna circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja -sin consentimiento del ofendido-, no es permitido.

⁸⁵.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. ob. cit., pág. 596.

Capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Los sujetos deben poder actuar de acuerdo con esa comprensión.⁸⁶

También es considerado imputable aquel sujeto que tiene una imputabilidad disminuida (cuando las capacidades a las que se ha hecho mención, las tiene atenuadas, por trastorno mental moderado o por desarrollo intelectual retardado - moderado-), en donde de todos modos subsiste la posibilidad de formularle el juicio de reproche (imponiéndosele en todo caso una pena atenuada -hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o una medida de seguridad),⁸⁷ en el caso de que (actuando en coautoría con otro sujeto) se haya apoderado de cosas ajenas muebles, utilizando como medio comisivo alguna circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja (sin consentimiento del ofendido),

⁸⁶.- Aplicado a contrario sensu el artículo 15 fracción VII, que a la letra dice: Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

⁸⁷.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 20, artículo 69 bis.

Asimismo se les puede formular el juicio de reproche a los sujetos que ponen en marcha un comportamiento de forma responsable, pero desemboca en una acción típica hasta un determinado momento en que el sujeto ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad.⁶⁸ es decir, cuando nos encontramos en presencia de las acciones libres en su causa (*actio libera in causa*), en este caso los sujetos se pueden colocar en estado de inimputabilidad para cometer el apoderamiento de cosas ajenas muebles, mediante alguna circunstancia que disminuye las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja (en estado de ebriedad para prescindir de sus inhibiciones), por lo que si al momento de llevar a cabo la conducta son inimputables, se colocaron dolosamente en ese estado, por lo que los efectos se retrotraen al momento en que eran imputables y se les tiene como imputables al momento de la realización del evento delictivo; ahora bien, cuando los sujetos se colocan en ese estado (culposamente), por ejemplo, ingieren bebidas embriagantes o drogas, pero sin querer llevar a cabo algún ilícito, sino ya encontrándose en ese estado, se les ocurre la idea de apoderarse de cosas ajenas muebles utilizando violencia física, en ese supuesto si les debe favorecer ese estado de inimputabilidad (excluyente de la culpabilidad), en virtud de que ese estado excluye el

⁶⁸.- Ver a Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. ob. cit., pág. 810.

comportamiento doloso, por lo que al haber previsto que al ponerse en estado de inimputabilidad podía cometer algún ilícito (robo -tipo especial cualificado-), entonces infringió un deber de cuidado (comportamiento culposo), siendo que el delito a estudio no acepta dicha forma de realización,⁸⁹ ya que como se dijo anteriormente es eminentemente doloso.

2.3.2.- Conciencia de la antijuridicidad del hecho.

Otro de los elementos que se deben reunir para formular el juicio de reproche al sujeto que siendo imputable (o considerado como tal - acciones libres en su causa o imputabilidad disminuida-) ha cometido un hecho antijurídico, es que, debe saber que ese comportamiento que realiza es algo contrario a las normas, esto es, debe tener un entendimiento actual o potencial de la ilicitud del hecho que lleva a cabo (en el presente caso una conducta antijurídica del delito de robo -tipo especial cualificado- desvalor, colisión de la conducta con el orden jurídico), debe poder interpretarlo o asimilarlo,⁹⁰ es decir, deben conocer que actuar en

⁸⁹.- En el artículo 60 del Código Penal, se contienen todos los delitos que pueden ser sancionados cuando son cometidos en forma culposa, no estando incluido el delito que nos ocupa (sistema de *numerus clausus*).

⁹⁰.- Ver a Jescheck, Hans-Heinrich, en su obra *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, y a Herrera, Lucio Eduardo. *El Error en Materia Penal*.

coautoría y apoderarse de cosas ajenas muebles, utilizando como medio comisivo alguna circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, está prohibido por las normas, que es algo indebido (no necesariamente debe conocer que es contrario a la ley) y que no existe a su favor alguna causa de licitud.⁹¹

2.3.3.- Exigibilidad de otra conducta.

Este elemento debe ser entendido como aquella situación normal que se presenta, en donde los sujetos tienen diversas alternativas, es decir, actúan dentro de un amplio margen de libertad, en razón de que las circunstancias que concurren en ese evento antijurídico son normales y por lo tanto se les puede exigir un comportamiento conforme a derecho.

Reuniéndose los tres requisitos señalados, se les podrá formular el juicio de reproche a los sujetos activos, esto es, se le va a reprochar haber llevado a cabo el apoderamiento de cosas ajenas muebles, utilizando como medio comisivo alguna circunstancia que disminuya las

⁹¹.- Aplicado a contrario sensu el artículo 15 fracción VIII, inciso b), del Código Penal.

posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, a pesar de ser una persona imputable y además tenían conocimiento que lo que realizaban era contrario a las normas, siendo que se encontraban en una situación normal y pudo válidamente abstenerse.

2.3.4.- Inculpabilidad.

Ahora bien, si falta alguno de los tres elementos señalados, a pesar de que los sujetos hayan llevado a cabo un comportamiento antijurídico, no se podrá formular el juicio de reproche.

2.3.4.1.- Inimputabilidad.

Esta hipótesis se encuentra regulada en el artículo 15 fracción VII, que establece, que "al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado".⁹² El trastorno mental

⁹².- Código Penal, pág. 7.

puede ser transitorio o permanente; el desarrollo intelectual retardado debe ser tal que el sujeto no pueda comprender el carácter ilícito del hecho o no pueda conducirse de acuerdo con esa comprensión, siendo que en estos casos no cometerá delito, porque se excluirá la culpabilidad (elemento esencial del delito).

2.3.4.2.- Error de prohibición.

Esta causa exculpante se encuentra regulada en el numeral 15, fracción VIII, en donde se habla de que el delito se excluye cuando se actúe bajo un error invencible, y en inciso B) se establece: respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta (no puede motivarse de acuerdo a la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión).

Aquí se regula como causa de inculpabilidad el error de prohibición (directo o indirecto), invencible o insuperable, que es aquél en que el sujeto no pudo salir del error en el que se encontraba, por el no entendimiento de la antijuridicidad del hecho (siendo que el ciudadano

promedio se hubiese conducido de igual manera), anulándose de esta manera el requisito de la conciencia de la antijuridicidad (elemento de la culpabilidad y por ende no se podrá censurar el comportamiento del sujeto). La vencible o insuperable de esta causa de inculpabilidad deberá ser valorada de acuerdo al caso concreto.

Error de prohibición directo.

En el delito a estudio no se presenta el error de prohibición directo, ya que no es posible concebir que alguno de los individuos que viven en sociedad no tengan conocimiento que es algo indebido el apoderarse de cosas ajenas, utilizando algún medio que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, o esté en un error sobre el alcance de la norma, por ejemplo que creyera que a todos los demás individuos les es indebido pero a él no.

Error de prohibición indirecto.

Este se presenta cuando el sujeto erróneamente piensa que está actuando amparado por una causa de licitud, es decir, de manera objetiva lleva a cabo un comportamiento antijurídico, pensando por encontrarse en un error que está amparado por una causa de licitud, lo que se presentaría en el caso por ejemplo del estado de necesidad putativo, en donde los sujetos podrían actuar pensando erróneamente (en el ejemplo mencionado al tratar el estado de necesidad), que su vehículo ya no funcionaría si no apagan el fuego, siendo que de dejarlo seguir, únicamente se quemaría la tapa del carburador, por lo que el sujeto se encontraría en un estado de necesidad putativo, que anularía la conciencia de la antijuridicidad, ya que el sujeto pensaría que está actuando conforme a derecho. Asimismo se podría presentar el ejercicio putativo de un derecho, en donde por desconocimiento de que los clientes ya cubrieron el costo del hospedaje, se apoderan de sus bienes muebles, utilizando violencia física. Así también los sujetos podrían obrar en cumplimiento putativo de un deber. En estos supuestos se anula la culpabilidad porque los sujetos no tienen conciencia de la antijuridicidad de su hecho.

Ahora bien, cuando los sujetos se encuentren en algún error de prohibición (directo o indirecto), y es vencible (porque es superable en razón de que el sujeto pudo salir de esa situación de error y no hizo lo posible por hacerlo, por lo que se le puede exigir al autor que supere el error en el que se encuentra, es decir, que realice un esfuerzo para el entendimiento de que su comportamiento es contrario a derecho - reprochable-), subsistirá la culpabilidad, solo que se atenúa el juicio de reproche, (por lo que la pena aplicable será también atenuada -hasta una tercera parte de la pena del delito de que se trate-), conforme a lo dispuesto por el artículo 15, fracción VIII, párrafo segundo y 66 del ordenamiento punitivo.⁹³

2.3.4.3.- No exigibilidad de otra conducta.

Su fundamento se encuentra en el artículo 15 fracción IX, en el que se prevé que: atentas las circunstancias que concurren en la

⁹³.- Código Penal, Ob. Cit., pág. 7 y 19, en donde los artículos de referencia determinan, que: artículo 15.- El delito se excluye cuando: B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Párrafo segundo.- Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código; mientras que en el artículo 66 se reglamenta, que... Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción (VIII del artículo 15), la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".⁹⁴

Pudiera suceder que el sujeto tenga conciencia de la antijuridicidad de su hecho, pero que no se pueda formular el juicio de reproche, por que se presente el aspecto negativo de la exigibilidad de otra conducta (inexigibilidad de otra conducta), porque los sujetos actúen en circunstancias anormales y no se les pueda exigir que actúen de manera diversa, ya que no tienen otra alternativa para elegir que realizar el delito de robo (tipo especial cualificado), pudiendo presentarse la coacción (vis compulsiva o violencia moral), sobre la voluntad de los sujetos activos, por ejemplo si son amenazados con el hecho de causarle un mal a su familia si no se apoderan de cosas ajenas muebles mediante violencia física, y por tanto se ven obligados a cometer el delito, siendo que en este caso se anularía la culpabilidad y no se formularía el juicio de reproche. Asimismo se podría presentar el estado de necesidad exculpante, cuando por ejemplo un sujeto al ver que su vehículo se incendia se mete a un establecimiento y utilizando la violencia física en compañía de otros sujetos se apodera de un extinguidor, haciendo uso de

⁹⁴.- Código Penal, Ob. Cit., pág. 7.

la sustancia gaseosa que contiene, en este supuesto le favorece la causa de licitud de estado de necesidad, ya que estará salvando un bien jurídico de igual valor que el sacrificando (patrimonio),⁹⁵ ya que estará salvando un bien jurídico de igual valor (patrimonio). Por lo que en ambos casos las circunstancias concurrentes en el evento típico son tan anormales que racionalmente no se les puede exigir un comportamiento diverso al realizado.

2.4.- Condiciones objetivas de punibilidad.

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad, son puras causas de restricción de la pena, el autor es punible cuando la condición objetiva se produce durante o después del hecho, aún cuando aquél no la conozca o no pudiera prever su aparición;⁹⁶ el delito a estudio no requiere este elemento

⁹⁵.- Previsto en la fracción V del artículo 15, cuando el sujeto obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

⁹⁶.- Ver a Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosh Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981, pág. 764.

(no esencial del delito, ya que no todos lo contienen) y por consecuencia tampoco se presenta la ausencia de esas condiciones.

2.5.- Punibilidad.

La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal, cuya manifestación se ha caracterizado como "pena".⁹⁷

El párrafo tercero del artículo 371, Código Penal, establece la pena que se les impondrá a aquellas personas que cometan el delito de robo (tipo especial cualificado), que será de 5 a 15 años de prisión y hasta mil días multa.

Por cuanto hace a la pena privativa de libertad, cabe hacer mención que es muy severa, ya que como mínimo se impondrán 5 años (aún en el caso de tentativa, por ser considerado como delito grave y así disponerlo el artículo 63 párrafo segundo),⁹⁸ siendo el máximo 15 años de

⁹⁷.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Tomo V. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988, pág. 11.

⁹⁸.- Artículo 63 párrafo tercero, del Código sustantivo de la materia, determina que: en los casos de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

prisión, siendo el caso que uno de los fines de la pena, como lo dispone el artículo 18 Constitucional en su párrafo segundo,⁹⁹ es la readaptación social del delincuente, lo cual no se logrará aumentando la pena a los delitos, que como se dijo en el capítulo anterior la pena produce efectos altamente desocializadores, además de que el aumento en las penas trae como consecuencia que se impongan penas injustas para los delitos cometidos, las cuales estimulan o provocan la comisión de esos delitos, llegando con ello al terror penal, en donde en lugar de resolver los males o conflictos sociales (pobreza, falta de empleos, etc.), con mecanismos socioeconómicos y sociopolíticos, trataran de aliviar esos males imponiendo penas muy severas, sin tener en cuenta que cuando la gente se ve constreñida a robar para satisfacer sus necesidades básicas, lo hará de igual manera aunque se le impusiesen 20, 30 años, etc., por lo que no es adecuado imponer penas tan severas. También se debe tomar en cuenta que esta clase de penas (5 a 15 años de prisión), dan lugar a que aquellos que cometan este delito (incluso en el delito tentado) no tengan derecho a

⁹⁹.- Compilación de Leyes Mexicanas. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Greca Editores. México. 1997, en la que el artículo 18 dispone, que: Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

algún sustitutivo penal¹⁰⁰ o bien a la suspensión condicional de la ejecución de la pena,¹⁰¹ aunque se les imponga la pena mínima, (5 años de prisión) ya que la pena de prisión impuesta para que sea sustituida no debe exceder de 4 años, conforme a lo dispuesto por los artículos 70 y 90, del ordenamiento punitivo respectivamente.¹⁰²

En relación a la sanción pecuniaria, habrá que decir que un día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, debiendo ser el límite inferior el salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito.¹⁰³

¹⁰⁰.- El artículo 70, del Código Penal, prevé los sustitutivos penales, estableciendo que: La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

I.- Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;

II.- Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o

III.- Por multa, si la prisión no excede de dos años.

La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio.

¹⁰¹.- Prevista en el artículo 90 del Código Penal, que a la letra dice: el otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

I.- El juez o tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones:

a.- Que la condena se refiere a pena de prisión que no exceda de cuatro años...

¹⁰².- Esto es independiente a los beneficios que se otorgan durante la ejecución de la pena (Ley de Normas Mínimas), por los cuales a lo mejor no se llegan a cumplir los 5 años de prisión impuestos y pueda obtener su libertad antes de compurgar toda su condena.

¹⁰³.- En el artículo 29 se estipula que: La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

En cuanto a las medidas de seguridad que prevé el artículo 371, párrafo tercero, del Código Penal, podemos mencionar que deja como facultad para el juzgador el aplicar 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, medidas que deberán ser aplicadas posteriormente a la aplicación de la sanción de prisión impuesta, tomando en consideración que los sentenciados por éste delito, no se les podrá conceder sustitutivo alguno o el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo que la ejecución de la sanción la tendrán que cumplir estando privados de su libertad y a vigilancia de la autoridad ejecutora (en el Distrito Federal la Dirección de Ejecución de Sentencias de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social), por lo que esas medidas de seguridad durante el tiempo en que cumplirán los sentenciados la pena de prisión impuesta no son necesarias, por lo que de imponerse deberán ser tomadas en cuenta posteriormente a la ejecución de la sanción privativa de libertad, situación que podría ser sumamente gravosa para el sentenciado, ya que si se le imponen 10 años de prisión y 500 días multa, la medida de

Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta...

seguridad, entonces al poder aplicarse por un término igual las medidas de seguridad (vigilancia de la autoridad o prohibición de ir a un lugar determinado), podría ser que se le impusiese 20 años en conjunto la pena privativa y la medida de seguridad, violándose en perjuicio del sentenciado la garantía de legalidad, establecida en el artículo 20 fracción X párrafo segundo, que establece que: "tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso".¹⁰⁴

2.5.1.- Excusas absolutorias.

"Son las causas que impiden la operatividad de la coerción penal, es decir, que apartan las condiciones en que la misma opera",¹⁰⁵ siendo que en el presente caso de manera específica no se presenta alguna de ellas.

En el artículo 55, del Código sustantivo de la materia, se prevé la llamada excusa absolutoria genérica, establecida como norma de

¹⁰⁴.- Compilación de Leyes Mexicanas. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ob. Cit. pág. 19.

¹⁰⁵.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Ob. Cit. pág. 18.

aplicabilidad a todos los delitos, la cual puede aplicarse en el supuesto de que el sujeto activo como consecuencia del hecho delictivo haya sufrido consecuencias graves en su persona, por ejemplo, varios sujetos utilizando violencia (física y moral), entren a un establecimiento en donde se venden armas de fuego y explosivos, y en los momentos en que se apoderan de una granada, esta explota, causándole lesiones, por la que le tuvieron que amputar los brazos, además de haber resultado trastornado mentalmente, en este supuesto como uno de los sujetos activos consecuencia de llevar a cabo el apoderamiento de cosas ajenas muebles, sufrió consecuencias graves en su persona, resultaría innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad (por cuanto hace a éste sujeto), por lo que el juzgador podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad.¹⁰⁸

¹⁰⁸.- En el artículo 55, del Código Penal, se prevé que: cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.

CAPITULO TERCERO.

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.

3.1.- Iter-criminis (vida del delito).

A esta figura jurídica también le han llamado grados del hecho punible,¹ tipos de imperfecta realización,² etapas de desarrollo del delito³

¹.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Ob. Cit., pág. 697.

².- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., pág. 275.

³.- Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Ob. Cit., pág. 221.

o etapas de realización del hecho punible,⁴ esto es, la forma en como se desarrolla el delito.⁵

"La tentativa representa el mínimo de injusto material que el sujeto debe realizar en cada caso para llegar a caer bajo la concreta amenaza penal de las leyes incriminatorias",⁶ por lo que en este apartado "entraremos en la cuestión de la delimitación del comienzo de la punibilidad".⁷

⁴.- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ed. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1987, pág. 284.

⁵.- No hay que pasar por alto, como manifiesta Bettiol Diritto Penale, Parte Generale. Palermo, 1945, pág. 354 (citado por Ramón Palacios en su obra La Tentativa. El Mínimo de Ilícitud Penal. Ed. Imprenta Universitaria. México, 1951), que la norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor, jamás tiene vida por sí. No hay delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser "el fruto de la combinación de dos normas incriminatorias; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado. Punto de vista que es compartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer que "la tentativa no es una entidad delictiva independiente, sino que corresponde a una de las fases externas de la ejecución del ilícito y por lo tanto, técnicamente es factible sancionar a un sujeto por la modalidad del delito tentado y no consumado, sin que por ello se pueda afirmar que le sean conculcadas las garantías individuales, pretendiéndose que se trata de una nueva tipificación. Semanario Judicial de la Federación, 56, pág. 65, segunda parte, séptima época.

⁶.- Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental, Vol. II. Ed. Temis. Edic. 2a. Bogotá-Colombia, 1989, pág. 372.

⁷.- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., pág. 284.

3.1.1.- Tentativa.

La tentativa tiene dos fases, una interna o esfera subjetiva que se divide en tres etapas: concepción o ideación de apoderarse a través de algún medio que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, de cosas ajenas muebles, deliberación de cometer o no el delito (valorar los pros y contras de llevarlo a cabo) y decisión de llevarlo a cabo; de la que podemos decir que "un momento del iter-criminis, debe sancionarse en tanto se encuentre cerca del último momento del camino del delito: la consumación, y será merecedor de menor pena, si la etapa respectiva de ese camino se aleja más de aquella, hasta llegar a la fase interna o al pensamiento, que no debe sancionarse,⁶ principio rector tomado como base para la aplicación de la punibilidad a los momentos o etapas del iter-criminis. La segunda, es la fase o esfera externa, en la que se comprenden también tres etapas, que son: la manifestación de la resolución del sujeto exteriorizada (en forma verbal o material), los actos preparatorios (en donde se asienta las condiciones previas de la ejecución de un delito planificado) y los actos de ejecución (comenzar la realización inmediata y típicamente relevante de la

⁶.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal, Parte General. Ob. Cit., pág. 742.

voluntad delictiva,⁹ es decir, la actividad con que el autor se pone en relación inmediata con la acción típica,¹⁰ siendo que en el presente asunto al requerir el delito medios específicos para realizarlo, comenzarán los actos ejecutivos con la realización de esos medios), sin que se realice el delito por causas ajenas a la voluntad del agente; respecto a esta fase, debemos mencionar que la resolución manifestada y los actos preparatorios son impunes, a menos que se prevean como delito autónomo, por ejemplo las amenazas o el portar arma de fuego, viniendo a constituir un tipo de resultado cortado o de consumación anticipada, siendo que los actos ejecutivos si son punibles, analizándose en esa etapa la tentativa (inacabada, acabada e imposible).¹¹

El fundamento de la tentativa (acabada e inacabada), lo encontramos en el párrafo primero del artículo 12, del Código Penal, en el

⁹.- Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994. pág. 8.

¹⁰.- Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Ob. Cit., pág. 221.

¹¹.- El análisis de estas dos fases (interna y externa), nos lleva a determinar que la tentativa solo se presenta en el delito doloso (no en el culposo), y necesariamente en el dolo directo (conocer que se realizan elementos objetivos del tipo penal y querer llevarlos a cabo), por lo que nos dice Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra Tratado de Derecho Penal, tomo IV, ob. cit., pág. 432, que se trata de un delito incompleto, de una tipicidad subjetiva completa, con un defecto en la tipicidad objetiva. No se presenta en el dolo eventual (que al igual que en el delito culposo no se quiere llevar a cabo el delito), además el común en las etapas de la fase interna es que suponen la ideación de un determinado delito (robo -tipo especial cualificado-), deliberación y decisión respecto de ese mismo delito, mientras que en la segunda (fase externa) será la manifestación de la resolución exteriorizada, siendo que los actos preparatorios deben ser respecto del ilícito ideado, llevándose a cabo los actos de ejecución, por lo que suponen el querer realizar el delito, y no el aceptar (dolo eventual).

que se estipula que: "existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente",¹² y respecto a la tentativa imposible, esta no se encuentra reglamentada.

Tentativa inacabada.

La tentativa inacabada si se presenta en el delito a estudio, ya que puede ser que varios sujetos (previo acuerdo de voluntades y conjuntamente) conciben apoderarse de cosas ajenas muebles, mediante la violencia moral, deliberan acerca de llevarlo a cabo y deciden hacerlo, manifestando su resolución (ya sea verbal o materialmente), preparando la realización del mismo (comprando el arma, esperando a la víctima), para posteriormente llevar a cabo los actos ejecutivos, tendientes a la consumación de dicho ilícito, esto es, amagando al sujeto pasivo (violencia moral, ya que con esta actividad el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo),¹³ si llegan en

¹².- Código Penal. Ob. Cit., pág. 5.

¹³.- Weizel, Hans. Derecho Penal Alemán. Ob. Cit., pág. 224.

esos momentos elementos policiacos y los detienen (llevaron a cabo un comienzo de los actos de ejecución, pero no los realizó en su totalidad), en este caso no pudieron consumar el delito que se propusieron por causas ajenas a su voluntad, por lo que en este caso si se puede presentar esta figura jurídica.

Tentativa acabada.

La tentativa acabada también se actualiza en este delito, pudiendo presentarse el caso de que varios sujetos (previo acuerdo de voluntades y conjuntamente), conciben realizar el apoderamiento de cosas ajenas muebles, utilizando como medio comisivo la violencia física, deliberan al respecto y deciden realizarlo, externando su voluntad, compran varias pistolas y entran en un domicilio (actos preparatorios), ya encontrándose en el interior amagan a los moradores de la casa, los amarran y amordazan y cuando ya llevan diversos aparatos eléctricos en sus manos, en el patio de la casa son detenidos por agentes de la policía, por lo que en este caso realizaron todos los actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito de roto (tipo especial calificado), no realizando el delito por causas ajenas a su voluntad.

Tentativa imposible.

Como se mencionó en el capítulo anterior, al momento de analizar el aspecto negativo del elemento tipicidad (atipicidad), si se puede presentar la tentativa imposible, por falta de bien jurídico, del objeto material o bien porque los medios no sean idóneos para disminuir las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo pongan en condiciones de desventaja o sean esos medios relativamente inidóneos.

Penalidad.

La pena para el delito tentado de robo (tipo especial cualificado), será la prevista en el párrafo tercero del artículo 63,¹⁴ que establece que: "en los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado",¹⁵ haciendo referencia únicamente a la pena privativa de libertad; lo anterior en relación con el

¹⁴.- En virtud de que la tentativa de este delito es considerada como grave en el numeral 268, del Código de Procedimientos Penales.

¹⁵.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 18.

párrafo tercero del precepto 371 del Código Penal, en el que se prevé que la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión; por lo que la sanción aplicable al delito tentado, la mínima será de 5 cinco años y la máxima de 10 diez años de prisión, debiéndose determinar el grado de culpabilidad por parte del juzgador para que dentro de ese mínimo y máximo, en uso del arbitrio judicial que le confieren los artículos 51 y 52, del Código sustantivo de la materia, proceda a la individualización de la pena a imponer a los sentenciados.

Por lo que hace a la sanción pecuniaria (hasta mil días multa), prevista en el artículo 371 párrafo tercero, la misma por no estar comprendida dentro del párrafo tercero del numeral 63, del Código Penal, se deberá aplicar la regla general contenida en el párrafo primero del citado artículo, que a la letra dice: "al responsable de la tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debería imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario",¹⁶ por lo que en este supuesto si deberá hacerse la reducción que será de 1 un día multa hasta seiscientos sesenta y seis días multa.

¹⁶.- Ibidem.

Asimismo respecto a las medidas de seguridad (prohibición de ir a un lugar determinado o vigilancia de la autoridad) previstas en el numeral 371 del ordenamiento punitivo, será igual al de la sanción privativa de libertad impuesta, como lo dispone el citado numeral.

Respecto a la tentativa imposible, como no está prevista en el Código Penal, no se puede sancionar.

3.1.1.5.- Desistimiento.

El fundamento del desistimiento se encuentra previsto en el artículo 12 párrafo tercero, en el que se establece que: "si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución ... del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.",¹⁷ por lo que en el presente ilícito se presentará cuando varios sujetos tenga la intención de cometer un delito (robo -tipo especial cualificado-); que comiencen los actos de ejecución tendientes a

¹⁷.- Loc. Cit., pág. 5.

la consumación de ese delito y que no se consume el delito en razón de que espontáneamente desistan de seguir realizando los actos de ejecución que le faltan para consumar el delito (vendría a constituir el aspecto negativo de la tentativa inacabada). Con la reglamentación de esta figura jurídica se quiere incentivar a los sujetos activos cuando ellos mismos deciden no cometer el delito, no imponiéndoles pena o medida de seguridad.¹⁶ El desistimiento debe darse por causa propias, es decir, debe ser espontáneo, ya que si es voluntario, producido por un factor externo, en que los sujetos activos consideran no conveniente en esos momentos ejecutar el delito, por ejemplo que vaya pasando una patrulla por el lugar y pudieran ser detenidos, por lo que dejan para otra ocasión la comisión del delito; en este caso no operará el desistimiento y se le podrá imponer pena por haber realizado actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito de robo tipo especial cualificado (tentativa inacabada). Ahora bien, cuando desistan los sujetos de cometer el delito, en este caso el delito de robo (tipo especial cualificado), si podrán ser sancionados por actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos, por ejemplo si al estar ejerciendo violencia física le causan lesiones al sujeto pasivo (delito remanente).

¹⁶.- Ver a Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Ob. Cit., pág. 736.

3.1.1.6.- Arrepentimiento.

Esta figura jurídica se encuentra establecida en el artículo 12 párrafo tercero, en la que se prevé que "si el sujeto impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos".¹⁹ Este supuesto vendría a constituir el aspecto negativo de la tentativa acabada y solo tiene lugar en los delitos de resultado material. En el presente caso se actualizará cuando varios sujetos tengan la intención de cometer el delito de robo mediante violencia; llevan a cabo una total ejecución de los actos tendientes a la consumación del delito, sin embargo espontáneamente evitan el resultado, por ejemplo cuando ya han amagado a los moradores de una casa habitación y se apoderaron de varios objetos, antes de salir de la casa, deciden dejar los objetos y salir de la casa. Asimismo, como en el desistimiento, podrán ser sancionados por actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos.

¹⁹.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 5.

3.1.2.- Consumación.

El delito se consuma cuando se verifican todos los elementos constitutivos (tanto los elementos esenciales generales: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como los específicos: contenidos en el tipo penal previsto en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal.

3.1.3.- Agotamiento.

Esta etapa es sucesiva de la consumación, que constituye el final del iter-criminis,²⁰ y está constituida por el logro de la finalidad personal del agente en el delito cometido, por ejemplo la venta en el extranjero de un vehículo del que se apoderaron los sujetos activos, a través de la violencia, "son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituyen una unidad tal que la ley considera como una unidad alcanzada por la pena del primero".²¹

²⁰.- Ver a Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal, Parte General. Ob. Cit., pág. 783.

²¹.- Stree, en Schönke-Schröder, citado por Enrique Bacigalupo, en su obra Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., pág. 413.

3.2.- Concurso de delitos.

"Esta figura jurídica se presenta en los casos en que una acción realiza más de un tipo penal y los de varias acciones que realizan más de un tipo penal, o más de una vez el tipo penal",²² ya que "cuando un sujeto ha cometido un delito corresponde aplicarle una pena. Si ha cometido varios delitos, corresponderá aplicar varias penas".²³

3.2.1.- Ideal o formal.

Su fundamento se encuentra previsto en el artículo 18 del Código Penal, que dispone: "existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos".²⁴

²².- Enrique Bacigalup. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., pág. 414.

²³.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988. pág. 511.

²⁴.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 7.

Ideal o formal homogéneo.

Este supuesto no se presenta, ya que con una sola conducta se deben cometer delitos de la misma naturaleza -robo tipo especial cualificado-, sin embargo, en este caso cuando con una sola conducta (apoderamiento) se cometen dos o más delitos de robo (diversos actos), por ejemplo, que al sujeto pasivo mediante la violencia moral lo desapoderen de su mochila, tenis, etc., se considera una sola acción, que constituye una sola conducta, es decir, se presentará la llamada unidad de conducta, por lo que no existiría un concurso de delitos, sino un solo delito, esto se da porque hay "una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones u omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible y esto aunque cada acto individualmente considerado realice por si solo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esta manera el hecho punible";²⁵ sin embargo, hay que considerar que habrá varios delitos cuantos sujetos pasivos haya (dos o más), por ejemplo, cuando varios sujetos se suben a un microbús y amagando a 20 pasajeros a cada uno los desapoderan de diversos objetos, aquí tendríamos que decir que se cometieron 20 robos (tipo

²⁵.- Schmidhäuser, Strafrecht, citado por Enrique Bacigalup. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., pág. 414.

especial cualificado), siendo que de considerarlos como delitos autónomos, la pena que se les impusiera a estos sujetos llegaría a ser el máximo previsto para este delito (40 años de prisión),²⁶ por lo que a este respecto como no podemos considerar que en este supuesto existe unidad de acción, ni tiene aplicación el delito continuado (por la pluralidad de sujetos pasivos), surge la figura del delito masa (para favorecer la situación jurídica de los sujetos activos, ya que de no tomarse de esa manera se les impondría a los sujetos activos penas sumamente severas para el hecho cometido); por lo que si se extraen diversas cantidades de dinero con propósito unitario de enriquecimiento, debe estimarse un solo delito por el importe global de lo robado²⁷ (no existiendo tampoco en este caso un concurso de delitos sino uno solo), debiendo llenar como requisitos: la existencia de un plan preconcebido o aprovechamiento de identidad de ocasión; que exista una pluralidad de acciones u omisiones; y la infracción de mismo o semejantes preceptos penales.²⁸

²⁶.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 25 del ordenamiento punitivo, que a la letra establece: "la prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 bis, 320, 325 y 368 en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años...".

²⁷.- Establecido expresamente en el Código Penal de España, en el artículo 69 bis.

²⁸.- Ver al respecto a Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., pág. 413.

Ideal o formal heterogéneo.

Concurso ideal heterogéneo (con una sola conducta se cometen delitos de diferente naturaleza), esta hipótesis se presentará cuando los sujetos activos al apoderarse de cosas ajenas muebles, causen por ejemplo, lesiones (al estar amagando a una persona le jalan diversas cadenas del cuello, infiriéndole lesiones, o que por ejemplo se apoderen de diversos objetos en un hospital, quitándole a una persona un tanque de oxígeno que tenía para poder respirar, se muere y los sujetos activos aceptan el resultado en caso de que se produzca -homicidio con dolo eventual-, estos supuestos deben ser considerados como delitos autónomos), en virtud de que con esa sola conducta se colmaron dos tipos penales, lesionándose con ello el patrimonio y la integridad personal o la vida del sujeto pasivo (por lo que se presentarían el delito de robo, tipo especial cualificado y el de lesiones u homicidio), tomando en consideración que en el caso de las lesiones, estas no fueron parte del medio comisivo para llevar a cabo el delito.²⁹

²⁹

Ya que no podríamos considerar tampoco que puede ser la violencia física (como medio comisivo -circunstancia calificativa) para realizar el apoderamiento, ya que ésta como lo dispone el numeral 373 del Código Penal, es: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Por lo que si de la violencia física resultan lesiones ya estaríamos en el caso de dos delitos, a que se refiere el artículo 372, del citado ordenamiento.

3.2.2.- Real o material.

Su fundamento se encuentra previsto en el artículo 18 del Código Penal, que dispone: "existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".³⁰

Real o material homogéneo.

Se presenta cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos de la misma naturaleza (robo, tipo especial cualificado), por ejemplo que varios sujetos se dediquen a robar en los camiones, amagando a los pasajeros, y que lo realicen cada semana, por lo que están perfectamente diferenciadas las conductas delictivas.

Real o material heterogéneo.

³⁰.- Código Penal. Ob. Cit., pág. 7.

Se presenta cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos, por ejemplo que un día los sujetos activos cometan el delito de robo (tipo especial cualificado), otro día cometan un homicidio, al mes siguiente realicen un fraude.

Penalidad.

Ahora bien, por lo que hace a la penalidad a imponer a los sujetos que realizan varios delitos, se aplicará lo previsto por el numeral Art. 64, del Código Penal.

Respecto del concurso ideal (en este caso heterogéneo), según lo dispone el párrafo primero del citado numeral se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentarse hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En este caso se debe identificar de todos los delitos cual merece mayor sanción (en el caso de que todos los delitos contengan la misma

pena se debe precisar cual de ellos se toma en cuenta, para posteriormente individualizar la pena), para proceder a la determinación judicial de la pena, la cual podrá (facultad) aumentarse hasta en una mitad más del máximo de duración, por lo que si se considera necesario imponer sanción por los restantes delitos (lesiones) se le aumentará una mitad más en relación a la pena impuesta al delito de robo (tipo especial cualificado), sin que pueda exceder de 40 años de prisión.

En este supuesto, como lo estipula el párrafo segundo, segunda parte, del artículo en mención, de: cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave (como es considerado el presente delito, aún en el caso de que sólo sea tentado), la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado.

En caso de concurso real, de todos los delitos que cometan hay que detectar (al igual que en el concurso ideal) cual de ellos contiene mayor pena (al encontrarnos en presencia de un delito considerado como grave en nuestra legislación procesal), para después aumentarse

(obligación) con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que pueda exceder de 40 años de prisión.

3.2.4.- Delito continuado.

Su fundamento se encuentra previsto en el artículo 7 fracción III, que establece que habrá delito continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

El presente delito si se puede cometer en su modalidad de delito continuado, ya que puede ser que exista unidad de propósito delictivo (dolo total o dolo previo total); que los sujetos activos quieran apoderarse de una flotilla de taxis; pluralidad de conductas, esto es, que los sujetos vayan realizando a través de la violencia los apoderamientos de las cosas ajenas que entran dentro de la unidad de propósito; identidad de precepto legal violado, que con cada conducta se lesione lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 371; unidad de sujeto pasivo, que se trate de un solo sujeto pasivo; (mismo propietario); tomando en cuenta además que el bien jurídico protegido (patrimonio) en este delito, es disponible; y por último,

que las conductas estén próximas temporal y espacialmente, por lo que decimos que sí puede haber delito continuado del delito de robo (tipo especial cualificado).

Penalidad.

La penalidad para el delito continuado se encuentra prevista en el artículo 64 párrafo final, que prevé que: en caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

Por lo que en este caso para imponer la pena correspondiente, primero se deberá aumentar de una mitad al mínimo hasta dos terceras partes del máximo de la pena que se prevea para el delito cometido (robo - tipo especial cualificado-, de 10 a 25 años de prisión), para posteriormente proceder a la individualización de la pena, tomando en consideración las circunstancias establecidas en los artículos 51 y 52 del Código Penal.

3.3.- Concurso aparente de normas.

El concurso aparente de normas incompatibles entre si se presenta cuando varios sujetos mediante la violencia moral, se apoderan de cosas ajenas muebles sin derecho y sin consentimiento de quien podía disponer de ella con arreglo a la ley, y el Ministerio Público, al elaborar su pliego de consignación, lo hace por el delito de robo previsto en el artículo 371 párrafo tercero, del Código Penal, agregándole como circunstancias calificativas, la de pandilla y violencia moral, previstas en los numerales 164 bis y 373, del citado ordenamiento, sin embargo, aquí en aplicación del principio de especialidad contenido en el párrafo segundo del artículo 6,³¹ del ordenamiento punitivo, se deben eliminar dichas calificativas, porque esas circunstancias de pluralidad de sujetos y el medio comisivo ya están contenidas en la norma que reglamenta el delito a estudio (párrafo tercero del artículo 371); además de que con esta apreciación se está desconociendo la naturaleza del delito, el cual como se ha venido mencionando en el contenido del trabajo constituye un delito especial, lo cual trae como consecuencia que al mismo no pueda concurrir alguna circunstancia que le agrave su penalidad.

³¹.- El párrafo segundo del numeral 6, del Código sustantivo de la materia, dispone: "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

Es importante señalar en este apartado que algunas veces el órgano persecutor de los delitos, consigna hechos considerándolos como constitutivos del delito de robo previsto en el artículo 371 párrafo tercero, del Código Penal, calificado por concurrir a el la circunstancia de haber sido cometido abordo de un vehículo de transporte público, prevista en el numeral 381 fracción VII, del citado ordenamiento, sin embargo esto no es válido, ya que cuando se trata de un tipo especial, por su naturaleza (de ser formado por un tipo básico más una circunstancia que le agrava su penalidad -en el presente caso cualificado-), ya no se le puede agregar alguna otra circunstancia que le pueda atenuar y agravar su penalidad, aunque fácticamente si se pueda presentar, es decir, ya no se puede agravar más la pena porque esa agravación ya está contenida en ese tipo especial (el cual al ser formado le fué agravada su penalidad al agregarle las circunstancias de que fuese cometido por dos o más sujetos a través de la violencia, acechanza o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja), consecuentemente si se agregaran otras calificativas, éstas se deben eliminar para no vulnerar derechos subjetivos públicos de los gobernados; por ejemplo, se consideraría ilógico (no jurídico), si dijéramos que el homicidio en reazón del parentesco o relación (tipo especial), se

puede cometer con premeditación, alevosía, ventaja o traición, o que pudiese favorecerle la circunstancia atenuante de riña, por lo que observamos que al ser un tipo especial ya no resulta aplicable alguna circunstancia, ya sea atenuante o calificativa.

3.4.- Perseguido de oficio.

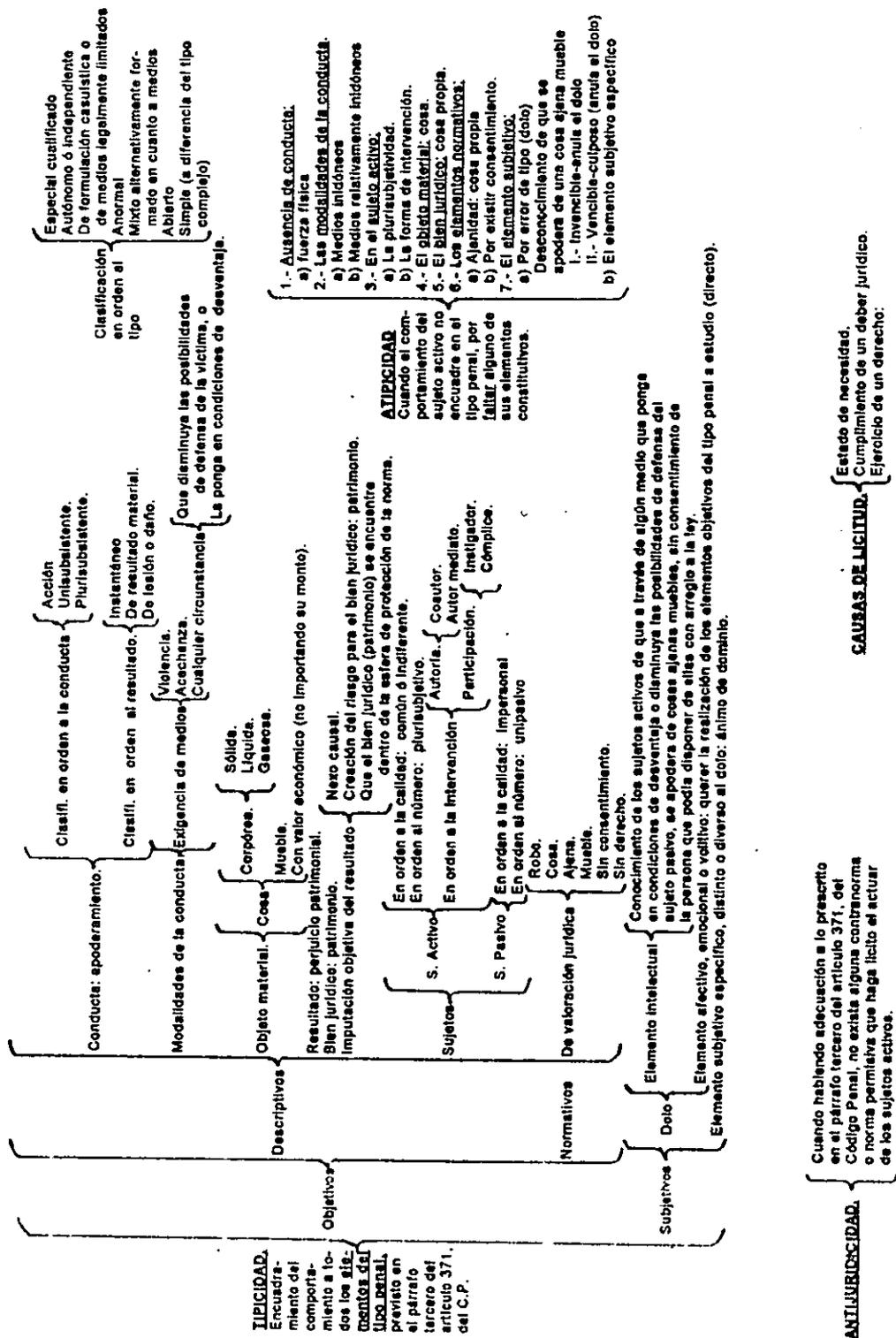
El delito previsto en el párrafo tercero del artículo 371, del Código Penal (robo -tipo especial cualificado-), se persigue de oficio, es decir, no se requiere querrela de parte ofendida para su persecución, tomando en consideración que no se encuentra expresamente establecido el que sea a petición de parte ofendida, siendo que para los delitos que se persiguen por querrela si debe estar expresamente establecida esta circunstancia.

Sin embargo, se prevé como excepción en el artículo 399 bis, del ordenamiento punitivo, que los delitos previstos en este título (refiriéndose al título en donde se encuentra previsto el delito que se analiza -robo, tipo especial cualificado-), son perseguibles por querrela (a petición de parte ofendida), cuando sea cometido por un ascendiente, descendiente,

cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen concurrido, en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior; por lo que en este caso esta norma de aplicación para los delitos patrimoniales si tendrá aplicación en el delito a estudio; operando en este caso el perdón del ofendido, como causa de extinción de la responsabilidad penal.³²

³².- El artículo 93, del ordenamiento punitivo, en lo que interesa dispone: "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

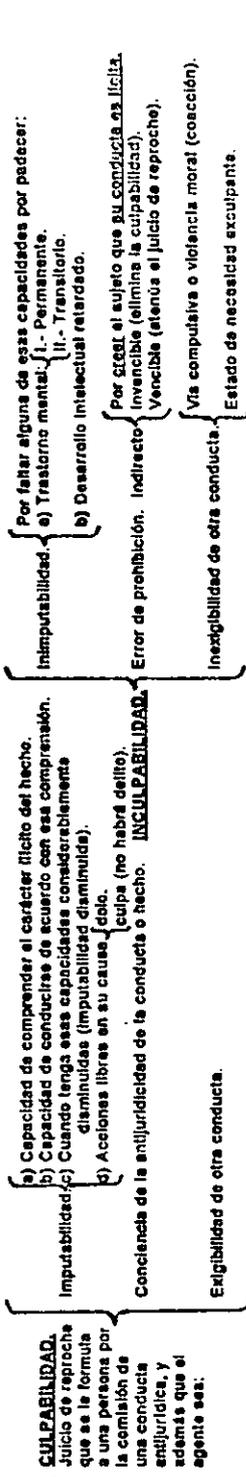
CUADRO SINÓPTICO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.



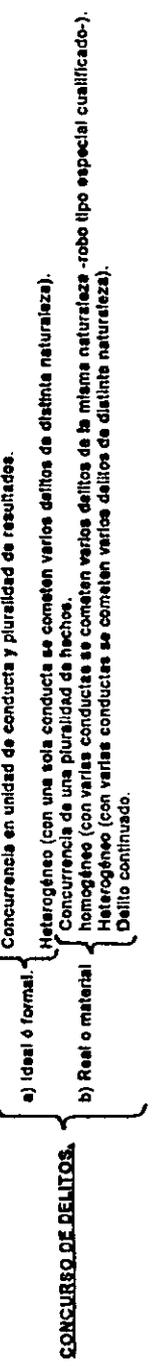
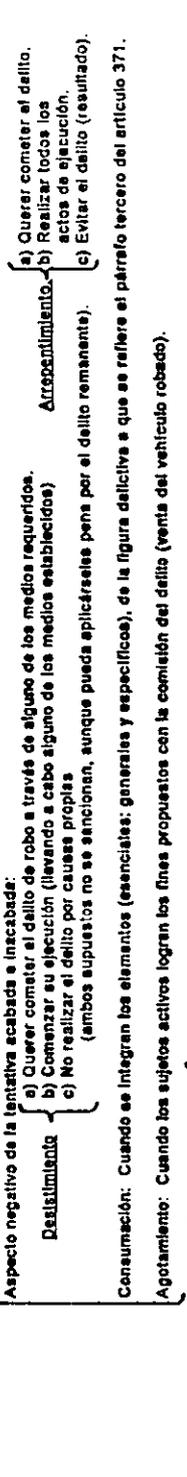
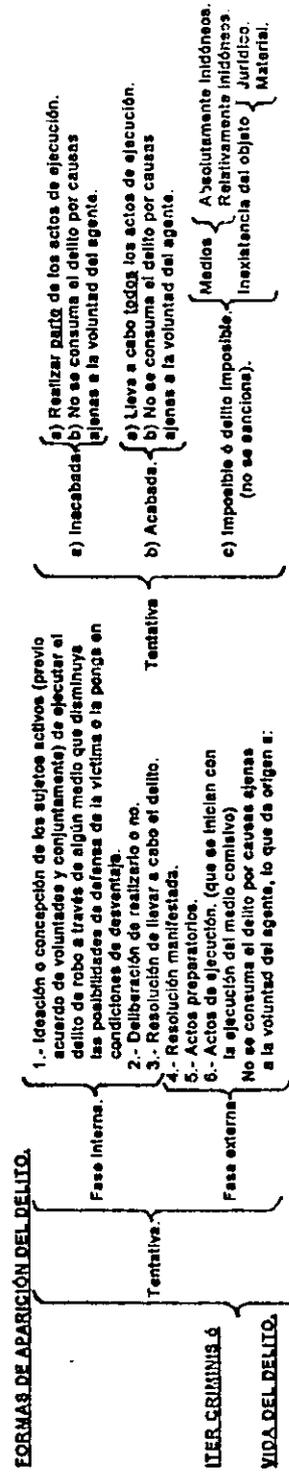
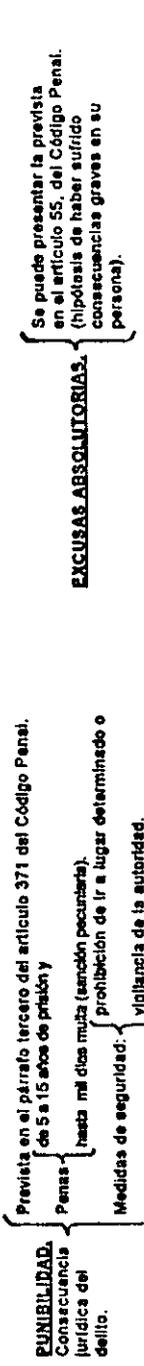
ANTILICITUD.
 Cuando habiendo adecuación a lo prescrito en el párrafo tercero del artículo 371. del Código Penal, no exista alguna contraindica o norma permisiva que haga lícito el actuar de los sujetos activos.

CAUSAS DE LICITUD.
 Estado de necesidad.
 Cumplimiento de un deber jurídico.
 Ejercicio de un derecho.

CUADRO SINÓPTICO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.



CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. No se presenta, y por consecuencia tampoco su aspecto negativo (ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad).



CONCLUSIONES.

1.- El día 13 de mayo de 1996, fué adicionado en el artículo 371 del Código Penal, un tercer párrafo, el cual ha generado diversos problemas en la práctica, ya que se ha considerado por algunos como circunstancia agravante del delito de robo y por otros como un delito autónomo (tipo especial), concepciones que conllevan consecuencias diversas, por lo que se llevó a cabo su análisis, para conocer con precisión todos sus elementos constitutivos.

2.- Del estudio del párrafo tercero del artículo 371, del Código Penal, se puede determinar que lo que se normatiza, es un tipo especial cualificado, en virtud de que toma como base el tipo penal básico de robo (al establecerse una norma de reenvío), agregándole circunstancias (que

sea cometido por dos o más sujetos a través de la violencia, acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja), mismas que se encuentran fusionadas en el tipo penal a estudio y agravan la penalidad respecto al delito de robo simple.

3.- Del análisis dogmático realizado, se puede aseverar que era innecesario reglamentar un tipo especial para sancionar más severamente la comisión del ilícito de robo cometido por dos o más sujetos, a través de algún medio que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja, ya que el legislador al crear ese tipo penal especial, únicamente satura el Código Penal, haciendo más complejo su manejo (ya que algunas autoridades administrativas y judiciales, no comprenden todavía que clase de tipo se regula), además, las circunstancias por las que se considera debe establecerse una sanción más severa para este delito, ya se encuentran reglamentadas en el Código Penal, debiendo agregarse como circunstancia agravante del delito de robo, la hipótesis de cuando se utilice algún medio que ponga en condiciones de desventaja o disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, y agravarse en todo caso la penalidad para los delitos de robo que se cometieran en pandilla o utilizando la violencia.

4.- Otra crítica que puede formularse al delito en estudio es que prevé como consecuencia jurídica una pena sumamente severa, que va desde los 5 a los 15 años de prisión, pretendiendo el legislador aminorar su realización (ya que nuestro país está en crisis en cuanto a delincuencia se refiere), pero la solución no es la huida al derecho penal que trae aparejado el "terror penal", puesto que con sanciones de esta índole no se resuelven los males o conflictos sociales: la violencia, la desigualdad, la pobreza, la ignorancia y la falta de oportunidades, dan origen a que las personas que se encuentran ante estas necesidades básicas, se vean constreñidas a robar para satisfacerlas, situación que de igual manera harían, aunque se le impusiesen 20, 30 años, etc., problemática que puede resolverse de manera más radical a través de mecanismos socioeconómicos y sociopolíticos, es decir, procurando que los bienes, servicios y cargas sociales sean repartidos de manera más equitativa, el crear empleos, buscar la prevención del delito, etc., de tal modo que no haya gente que se vea obligada a robar para satisfacer sus necesidades básicas.

Además no hay que pasar por alto que la pena justa, controla la comisión de los delitos, manteniéndolos dentro de los límites socialmente tolerables, ya que su realización no puede exterminarse, sin embargo la

sanción injusta (que en muchos casos se presentará), estimula o provoca la comisión de los ilícitos penales.

5.- No obstante lo anterior, al encontrarse establecido este delito dentro del derecho positivo, en el Código Penal, amerita ser estudiado para saber que consecuencias trae consigo.

Para determinar si se cometió dicho ilícito, se deben acreditar sus elementos constitutivos, que son, los referentes al tipo penal: que dos o más sujetos a través de algún medio que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo ponga en condiciones de desventaja (violencia o acechancia), se apodere de cosas ajenas muebles, sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ellas con arreglo a la ley, lesionando de esa manera el bien jurídico tutelado (patrimonio del sujeto pasivo); asimismo se debe analizar si su comportamiento fué antijurídico (en sentido contrario), lo que se constatará si no existe a favor de los sujetos activos alguna norma permisiva que haga lícito su actuar; y por último, si al momento de los hechos los sujetos activos eran imputables, si tuvieron conocimiento de la antijuridicidad de su hecho y si se les podía exigir una conducta diversa a la que realizaron (culpabilidad), para poder formularles el juicio de reproche y declararlos responsables de

la comisión del delito a estudio, para posteriormente individualizar la pena que se les deberá imponer.

6.- Asimismo se debe dejar asentado que se pueden presentar diversas causas de exclusión del delito previstas en el artículo 15, del ordenamiento punitivo, como son: la atipicidad, causas de licitud y de inculpabilidad.

7.- El presente ilícito puede ser cometido en grado de tentativa (pudiendo presentarse la acabada, la inacabada y la imposible), así como su aspecto negativo: desistimiento y arrepentimiento, llegando a su consumación cuando se verifican todos sus elementos constitutivos (generales y específicos), y además, puede concurrir su realización con otros delitos (concurso ideal y concurso real).

8.- Por cuanto hace a la concurrencia del tipo penal especial de robo con otras normas del ordenamiento punitivo, como podría ser el delito de robo calificado (por haber sido cometido con violencia física y en pandilla), debemos decir, que la norma aplicable en este supuesto será la del primer delito citado, ya que se debe atender al principio de

especialidad, establecido en el párrafo segundo del numeral 6, del citado ordenamiento.

9.- Asimismo por lo que respecta a la concurrencia del delito a estudio con alguna circunstancia atenuante o calificativa (problema que se presenta en la práctica), es importante señalar que por ser un tipo especial, ya no se le puede agregar alguna otra circunstancia que atenúe o agrave su penalidad (jurídicamente), aunque fácticamente si se pueda presentar, ya que por su naturaleza (al estar formado por un tipo básico más otras circunstancias que agravan su penalidad -cualificado-), al contener ya una agravación de la pena, sería ilógico que al mismo pudieran agregarse otras circunstancias ya sea calificativas (que le agraven más la penalidad) o atenuantes (que disminuyan la penalidad de un tipo especial ya agravado desde su creación).

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Traducido por Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Ed. Temis. Edic. 8a. Bogotá-Colombia, 1988.
- 2.- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ed. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1987, pág. 284.
- 3.- Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis, S.A. Edic. 2a. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.
- 4.- Bustos Ramírez, Juan y Larrauri, Elena. La Imputación Objetiva. Ed. Temis. Bogotá - Colombia, 1989.
- 5.- Cárdenas, Raul. F. Derecho Penal Mexicano del Robo. Ed. Porrúa S.A. México. 1977.
- 6.- Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Ed. Tecnos S.A. Edic. 3a. Madrid. 1990.

7.- Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Edic. 2a. Buenos Aires. 1988, pág.

8.- de Cerredo, Damianovich. Delitos contra la Propiedad. Ed. Universidad. Edic. 2a. Buenos Aires. 1988.

9.- Fernández Carrasquilla. Delito y Error. Perspectiva Político Criminal. Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1990.

10.- Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. Vol. I. Ed. Temis. Edic. 2a. Bogotá-Colombia, 1989.

11.- Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. Vol. II. Ed. Temis. Edic. 2a. Bogotá-Colombia, 1989.

12.- Garrido Montt, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1984.

13.- Gonzalez de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Ed. Porrúa S.A. Edic. Quinta. México. 1981. pág. 405.

14.- Herrera, Lucio Eduardo. El Error en Materia Penal. Ed. Abeledo Perrot. 2a. Edic. Buenos Aires. 1991.

15.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosh Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981.

16.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosh Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981.

- 17.- Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Ed. Harla. S.A. de C.V. México. 1997.
- 18.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1965.
- 19.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1965.
- 20.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. Ed. Porrúa, S.A. México. 1978. págs. 63 y 64.
- 21.- Jiménez Huerta, Mariano. Panorama del Delito. Nullum Crimen Sine Conducta. Ed. Imprenta Universitaria. México. 1950, pág. 85.
- 22.- Leyes Penales Mexicanas. Tomo 3. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1979.
- 23.- Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994.
- 24.- Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994.
- 25.- Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz. Ed. Revista de Derecho Privado. Edic. 3a. Madrid, 1957.
- 26.- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias. Edic. 2a. Barcelona. 1985, pág. 172.

- 27.- Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A. España. 1976.
- 28.- Moreno, Antonio de P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Ed. Porrúa S.A., México 1968, p. 141.
- 29.- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1993. pág. 231.
- 30.- Navarrete, Polaino. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España. 1990.
- 31.- Palacios, Ramón. La Tentativa. El Mínimo de Ilicitud Penal. Ed. Imprenta Universitaria. México, 1951.
- 32.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ed. Jurídica Mexicana. Edic. 2a. México. 1964.
- 33.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. Edic. 16a. México, 1994.
- 34.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Ed. Trillas. Edic. 3a. México, 1990.
- 35.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo fundamental, básico o simple. Ed. Porrúa, S.A. Edic. 2a. México, 1989, P. 28.
- 36.- Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Ed. Temis. Edic. 2a. Bogotá Colombia. 1975.

- 37.- Silva S. Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Ed. J. M. Bosch Editor, S.A. Barcelona 1992.
- 38.- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Ed. Tea. 1a. Reimpresión. Argentina. 1951, pág. 373.
- 39.- Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Edic. 4a. (castellana). Chile. 1993.
- 40.- Wessels, Johannes. Derecho Penal, Parte General. Exposición del texto legal reformado en vigor, desde el 1/1/1975. Traducido por Conrado A. Finzi. Ed. Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1980.
- 41.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1991.
- 42.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988.
- 43.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988.
- 44.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988.

LEGISLACION:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Civil.

JURISPRUDENCIA:

Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-1996. IUS6. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

OTRAS PUBLICACIONES:

Iniciativa de reformas y exposición de motivos que dio origen a las reformas llevadas a cabo al Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el día 13 de mayo de 1996.

Iniciativa de reformas y exposición de motivos que dio origen a las reformas llevadas a cabo al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el día 13 de mayo de 1996.

DICCIONARIO. PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. Por Garcia Pelayo y Gross. Ediciones Larousse. 1992.