

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

34-1

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



PROPUESTA PARA DEROGAR
EL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 371
DEL CODIGO PENAL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL

VOL. I

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARTHA PATRICIA TREJO VELAZQUEZ

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. EVERARDO FLORES TORRES
CED. PROFESIONAL No. 970910



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS todopoderoso, por darme la oportunidad de descubrir lo incomparable de sus designios, la inmensidad de su conjunto; que si me pongo a contarlos son más que la arena y si los doy por terminados aún me queda él.

A MIS PADRES, por darme la vida, por enseñarme con su ejemplo a luchar por las cosas que valen la pena, así como por valorar aún más lo que DIOS nos ha dado.

A MI HERMANA SUSANA, por desvelarse junto conmigo para lograr la realización del presente trabajo y por brindarme su apoyo y cariño incondicionalmente.

A MI ABUELA JOSEFINA, por encontrarse
a mi lado en todos los momentos de mi vida
y por ser un apoyo moral que me permite
seguir adelante.

A LAS PERSONAS que me enseñaron a
amar y a respetar a todos los seres humanos por
igual, que en paz descansen.

**A TODOS MIS AMIGOS Y
COMPAÑEROS** que me han brindado
su apoyo para la realización del
presente trabajo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.	ii
Capítulo I BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO DE ROBO.	
1. Derecho Romano. Obligaciones de un acto ilícito.	2
1.1 El furtum.	4
1.1.1 Ocultación de la cosa hurtada.	9
1.2 Ley de las XII Tablas.	11
1.2.1 Otra versión de las XII Tablas.	13
1.2.2 La rapiña.	18
1.3 El robo en diversos países.	22
1.4 Historia Nacional.	26
1.4.1 El robo entre los aztecas.	27
1.4.2 El robo en la época Colonial.	30
1.4.3 Proyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949.	31
1.4.4 Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958.	32
1.4.5 Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.	34
1.4.6 Código Penal de 1871.	36
1.4.7 Código Penal de 1929.	38
1.4.8 Código Penal vigente para el Distrito Federal (1931).	39
1.4.9 Reformas al Código Penal de fecha 13 de Mayo de 1996.	42
Capítulo II ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ROBO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL.	
2. Elementos del tipo.	48
2.1 El patrimonio.	50
2.1.1 Teorías sobre el patrimonio.	52

2.1.2 Teoría del patrimonio en el Derecho Penal.	59
2.2 Clasificación del delito.	61
2.3 El tipo penal.	64
2.3.1 Elementos del delito.	65
2.3.2 Clasificación en orden al tipo.	68
2.3.2.1 Clases de tipo.	69
2.4 Concepto de robo.	71
2.5 Tipicidad.	72
2.5.1 Conducta.	73
2.5.1.1 Clasificación del delito en orden a la conducta.	75
2.5.1.2 Teorías acerca de la consumación del delito de robo.	77
2.5.2 El resultado.	82
2.5.3 Nexó causal.	83
2.5.4 La intervención.	84
2.5.5 El bien jurídico protegido.	85
2.5.6 El elemento subjetivo dolo.	86
2.5.6.1 Elemento subjetivo distinto al dolo.	88
2.5.7 Los medios utilizados.	89
2.5.8 El objeto material.	93
2.5.9 Elementos normativos o valorativos.	94
2.5.10 Atipicidad o ausencia de tipicidad en el delito de robo.	101
2.5.11 Antijuricidad.	105
2.5.12 Culpabilidad.	108
2.5.13 Inculpabilidad.	110
2.5.14 Inimputabilidad.	112
2.5.15 Punibilidad.	113

Capítulo III ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO DE ROBO.

3. Iter-criminis. Vida del delito.	117
3.1 La resolución manifestada.	121
3.2 La tentativa.	124
3.2.1 Naturaleza jurídica de la tentativa.	126
3.2.2 Fases de la tentativa.	128
3.2.2.1 Consumación.	136
3.2.3 Penalidad.	143
3.3 El desistimiento.	149
3.4 El arrepentimiento.	150

3.5 Agotamiento.	150
3.6 Participación.	152
3.7 Concurso de delitos.	154

Capítulo IV NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE ROBO, PREVISTO EN EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 371 DEL CODIGO PENAL.

4. Circunstancias del delito.	160
4.1 Procedimiento positivo.	161
4.2 Procedimiento negativo.	162
4.3 Naturaleza jurídica de las circunstancias.	165
4.4 Consecuencias dogmáticas en la aplicación del sistema de las circunstancias del delito.	168
4.5 Criterios para la delimitación entre los elementos esenciales y accidentales del delito. El delito sui generis.	173
4.6 Criterios para la delimitación entre los diversos elementos accidentales. El delito circunstanciado.	
4.6.1 Elementos accidentales del delito.	178
4.6.2 El delito circunstanciado.	179
4.6.2.1 Circunstancias Agravantes y calificantes.	183
4.6.2.2 Circunstancias atenuantes.	185
4.6.2.3 Calificativas.	187
4.6.2.4 Circunstancias agravantes.	189
4.7 Determinación legal e individualización judicial de la pena.	191
4.7.1 Las circunstancias del delito en la determinación legal de la pena.	196
4.7.1.1 Las circunstancias del delito en la determinación del marco legal concreto de la pena; compensación de las circunstancias del delito.	198
4.7.1.2 Las circunstancias del delito en la individualización judicial de la pena; la fijación de la pena exacta dentro de los límites de cada grado.	204
4.8 Cuestiones procesales: prueba y casación.	207
4.9 La motivación de las sentencias y la individualización de la pena.	208
4.10 El control jurisdiccional y el Amparo Constitucional del Arbitrio Judicial.	212
4.11 La penalidad de las figuras delictivas portadoras	

de agravantes específicas.	215
4.12 El tipo penal.	217
4.12.1 Tipicidad y Antijuricidad: tipo de injusto.	228
4.13 Interés, bien y norma.	230
4.14 Principio de legalidad.	240
4.15 Concurso de delitos y agravantes.	247

**Capítulo V CONSIDERACIONES CRÍTICAS
TENDIENTES A UNA POLÍTICA CRIMINAL.**

5. Política Criminal.	258
5.1 Ubicación de la Política Crminal.	261
5.1.1 Concepto de Política.	266
5.1.2 Función de la Política Criminal.	274
5.1.3 Denominación de la Política Criminal.	277
5.2 Política Criminológica y Derecho.	278
5.3 Política Criminológica y Política Social.	280
5.4 Política Legislativa.	283
5.5 Política Judicial.	285
5.6 Concepto de prevención.	286
5.7 Objetivos de la prevención.	289
5.8 Planificación.	293
5.9 Criterios político-criminales a efecto de tener en cuenta la protección de bienes jurídicos a través del Derecho Penal.	303
5.10 Principio de subsidiariedad del Derecho Penal.	304
5.11 Principio de intervención mínima.	306
5.12 Concepto de pena.	308
5.12.1 Fines de la pena.	309
5.12.2 Otros fines de la pena.	310
5.12.3 Pena privativa de libertad.	313
5.12.3.1 Fines de la pena de prisión.	314
5.12.4 Sanción pecuniaria.	321
Conclusiones.	325
Bibliografía.	331

INTRODUCCIÓN

El delito de **ROBO**, ha existido desde la antigüedad, propiamente desde que existe el hombre; dándose así su realización en todos los países y épocas de la humanidad, siendo que en la actualidad, dicho delito suele llevarse a cabo con mayor frecuencia, sobre todo utilizando la violencia, aumentando de esta forma el índice de delincuencia o inseguridad pública en nuestra sociedad.

Se entiende por ROBO, al apoderamiento de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que con arreglo a la ley pueda disponer de ella; por lo anterior, debe especificarse cada uno de los elementos del tipo como lo es el apoderamiento, la cosa, en cuanto a que éste debe ser ajeno, mueble y que dicho apoderamiento se haya cometido sin derecho y sin consentimiento de la persona que con arreglo a la ley puede disponer del mismo.

En cuanto a la consumación del delito a estudio, este ha sido una de las grandes polémicas dentro del Derecho Penal, ya que algunos autores consideran que la conducta, como pura actividad voluntaria del autor o como un hecho material conformado no únicamente por la conducta, sino con un resultado material y un nexo causal, lo que da como consecuencia de dichos elementos un resultado típico de la conducta humana, lo que conlleva a establecer que dicho delito se dará por consumado desde el momento en que el

ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella.

En consecuencia, es necesario destacar que uno de los elementos más importantes del tipo, lo es el apoderamiento, ya que por este elemento, el delito en mención se diferencia de otros como lo son el abuso de confianza, el fraude o el enriquecimiento ilícito, siendo que el tipo de ROBO, no requiere calidades específicas del sujeto activo, ni del pasivo.

Ahora bien, cabe recalcar que la inseguridad pública es un problema muy grave en la época actual y en todo los países; por lo que el legislador dio origen al artículo 371 párrafo tercero, en el que para su aplicación debe estar plenamente acreditada la intervención de los activos de acuerdo al artículo 13 fracción III del Código Penal, es decir, el número de sujetos que intervinieron en la comisión del ilícito; así como el acreditar la violencia física o moral que sería básicamente el medio comisivo para la realización del mismo; dando de esta manera una forma de solucionar el problema citado, sin tomar en cuenta que tiene una punibilidad excesiva, en la cual los activos del delito no alcanzan beneficios alguno, como la sustitución de la pena de prisión o el beneficio de la condena Condicional, como se verá en el contenido del presente trabajo.

Siguiendo este orden de ideas, es importante hacer mención que el ilícito de ROBO que se analiza, (cuando sea cometido por dos o más sujetos sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la

asechanza, o cualquier otra circunstancias que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), previsto en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, 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), lo que nos conlleva a señalar que:

- Si en nuestro Código Penal vigente, se encuentran previstas las calificativas de violencia física o moral, pandilla, o el tipo de asociación delictuosa, entonces no tendría finalidad jurídica la existencia del párrafo tercero del artículo 371 del citado Código Penal, por los elementos que lo integran.

Todo lo anterior, nos conduce a señalar que para que se acredite el delito a estudio, previsto en el artículo 371 párrafo tercero, consagrado en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, se deberá acreditar el número de sujetos que intervinieron en la comisión del mismo; así como que sea cometido por medio de la violencia, asechanza o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, toda vez que si esto no fuera posible se procedería a:

1.- Al no constituirse algún elemento exigido por el tipo penal, no se cumplirían los extremos del artículo señalado y por tanto no habría delito, de conformidad con el principio de legalidad;

2.- Al no constituirse algún elemento exigido por el tipo penal a estudio, se procederá a reencuadrar la conducta en un caso concreto, al delito de ROBO SIMPLE, en base al artículo 370 del Código Penal, de acuerdo al monto de lo robado.

De aquí la controversia del porque el delito de ROBO, tipificado en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente, en su redacción tiene matices de ser un tipo especial por los elementos que lo constituyen, así que aún y cuando en la exposición de motivos que dio origen al mismo se considera como una agravante, lo que no es correcto desde mi personal punto de vista por los elementos que lo integran, así como por su alta penalidad, observándose que los legisladores al tratar de encontrarle una solución inmediata al problema de la inseguridad pública, legisló de tal manera, al crear el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, en fecha 13 trece de Mayo de 1996, sin pensar en otro tipo de respuestas o caminos para llegar a una solución como lo es el de generar empleos, mejorar los métodos de enseñanza, así como procurar la educación, aplicando para ello una adecuada política criminal; lo que da como consecuencia que algunos Agentes del Ministerio Público, integren Averiguaciones Previas por el delito de **ROBO CALIFICADO**, y algunos juzgadores al momento de dictar su fallo lo hagan como **TIPO ESPECÍFICO DE ROBO**; sin dejar pasar por alto que para algunos es un tipo especial agravado, y para otros es tan sólo una agravante o calificativa más del delito de ROBO, inclusive algunos lo consideran como **ROBO ESPECÍFICO**, como ya lo hemos mencionado.

Por lo que el presente trabajo tiene como objetivo principal: el proponer que el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente, para el Distrito Federal, que consagra el delito de **ROBO ESPECÍFICO, SEA DEROGADO**, por los elementos que lo constituyen, los cuales se encuentran previamente regulados por el Código Punitivo.

Para lograr el objetivo anterior, es necesario hablar brevemente de la historia del delito de robo, analizando su reglamentación y aplicación en la historia de la humanidad, asimismo se cree conveniente realizar un estudio dogmático de todos y cada uno de los elementos de dicho ilícito, con el fin de llegar a saber si el delito que ahora se estudia es una circunstancia agravante o un tipo especial de ROBO, sin que se pase por alto el estudiar lo que debe entenderse por calificativas, agravantes o tipos penales específicos, no dejando de observar que la penalidad establecida para el mismo es excesiva, por lo que se estudiará si dicha penalidad se encuentra establecida conforme a los principios básico del Derecho Penal, así como desde el punto de vista de la Política Criminal; logrando con ello establecer que el tipo penal a estudio, es un tipo especial y no una calificativa, así como el proponer que sea derogado, toda vez que el mismo contiene elementos o extremos que previamente son regulados por el Código Penal, ya sea en otro tipo penal o como calificativas o agravantes.

CAPÍTULO I

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO DE ROBO

1. Derecho Romano. Obligaciones derivadas de un acto ilícito.

Se entiende por delito un acto previsto y caracterizado por la ley como dañoso, es decir, que causa un mal cuya previsión está protegida por una acción particular. En él siempre se supone el dolo, la intención de dañar, causando un mal, sin embargo, hay actos que al realizarse causan un mal, sin que el sujeto activo haya tenido la menor intención de causarlo*. Para que haya obligación resultante de un delito es necesario que el hecho dañoso haya sido previsto y tipificado como delito por la legislación y que le sea inherente una acción u omisión, bien sea dolosa o culposa, y atribuible, lógicamente a la persona humana.

En el Derecho Romano el DELITO, era todo acto ilícito sancionado con una pena; éstos eran públicos o privados, según el caso, respectivamente, de actos que ofenden al Estado o a un particular. Los primeros son aquellos que dan lugar a la instancia penal o criminal que recibe el nombre de *publicum iudicium*, y se configuran por los hechos que atacan la seguridad general y forzosamente se persiguen por causa de utilidad pública o interés público, de ahí que

* Un gran número de comentaristas señalan que lo que caracteriza el delito y le distingue de los hechos llamados cuasi delitos, es que supone dolo, la intención de dañar. Sin embargo, ya veremos que el daño causado por la imprudencia constituye algunas veces delito, sin que haya habido intención formal de perjudicar, y que, en otros casos, la obligación y la acción nacen, no ex delicto, sino quasi ex delicto, aunque haya existido dolo.

cualquier ciudadano tenga derecho para intentar su persecución, estos delitos se castigaban con pena pública ya sea corporal o pecuniaria y recibían el nombre de *crimínia**; mientras, que los segundos, eran aquellos en los cuales una persona ha sufrido lesión en sus derechos y corresponde solamente a ella la persecución, que da lugar a la instancia privada denominada *privatum iudicium*, es decir, tiene derecho a una instancia privada, semejante a la que se intentaban en los procesos del orden civil; éstos se consideraban dentro de los que atacan los bienes o el honor de una persona y eran castigados con pena privada pecuniaria, y se conocían con el nombre de *delicta* o *maleficia*.

En la época clásica la pena tenía un carácter punitivo, así como pública. El delito era una ofensa inferida al individuo, y la pena por más que sea pecuniaria, cumplía con una finalidad de expiación. En la época Justiniana la pena privada trae como consecuencia una sanción tendiente al resarcimiento ya que la acción penal, con su fin de expiación ya mencionado, la cual solía ser transformada en mixta (penal y reipersecutoria), de manera que una restricción del efecto típico de la pena correspondía una mayor consideración del resarcimiento, de la reparación material del daño. Justiniano consideraba como pena todo lo que excede de la simple reparación del daño causado al patrimonio.

* Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público.

La pena se forma siempre *re*, es decir, por la realización de un hecho material. La intención nunca es suficiente para que haya delito.

Las únicas personas que no pueden obligarse por delito son las que no son responsables de sus actos. Son, primero, **los locos**; no se obligan por sus delitos más que han obrado en un momento lúcido; luego, **los impúberes en infancia**, cuya inteligencia no está aún desarrollada.

El objeto de una obligación nacida de un delito consiste siempre en *la datio* de una cantidad de dinero determinada. Las obligaciones nacidas de los delitos se extinguen en principio por la muerte del deudor; los herederos del culpable no están obligados.

En el Derecho romano no se conocía el *delictum*, como categoría general y abstracta, sino como particulares *delicta*. Dentro de *la ius civile la obligatio ex delictio*¹ nace de cuatro delitos típicos: **el furtum, la rapiña, la injuria y el damnum injuria datum**.

1.1 El furtum.

El robo es el tocamiento fraudulento de una cosa, para sacar provecho, ya de la cosa misma, ya de su uso o posesión; acto

¹ Según el Derecho clásico, toda acción *ex delicto* es considerada como *actio peonatis*, tendiente solamente a la reparación material del daño.

contrario a la ley natural. Es la sustracción o el uso o la posesión de una cosa en forma subrepticia o fraudulenta, con la intención de obtener un lucro, pues si la sustracción solamente es para causar perjuicio a otro, no se comete hurto sino injuria o daño. Es el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión.

La palabra *furtum*, robo, proviene de la palabra *furvum*, que significa negro, porque se comete clandestinamente, en la obscuridad, y aún las más veces de noche, o bien de *fraus* (fraude), o de *ferre*, es decir, llevarse, o de la palabra griega *wwpas*, que significa ladrón, cuya palabra trae igualmente su origen de *wepew*, llevarse.

Cometé hurto o *furtum*, no sólo quien quita una cosa ajena para apropiársela, sino también quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño. También se comete hurto cuando el deudor sustrae la cosa cuya posesión o uso pertenece a otro.

Si a un *alieni juris*, que es libre, se le sustraía de la familia, se cometía hurto, pues el hijo de familia en cierta forma participaba de la propiedad del padre.

Este delito supone la reunión de las condiciones siguientes:

A).- Es preciso un hecho, *contractatio rei*, es decir, el acto de coger una cosa para apoderarse de ella, y también el hecho de apropiársela, de disponer de ella;

B).- Es preciso que al hecho se una la intención fraudulenta, el *affectus furandi*, es decir, la conciencia en el ladrón de obrar en fraude de los derechos de un tercero y cometer un hurto. No hay hurto, si se quita la cosa ajena creyendo tener derecho;

C).- Es preciso que el acto haya sido realizado contra la voluntad del propietario *invito domino*. Aún cuando al apoderarse fraudulentamente de una cosa se ha creído obrar contra la voluntad del propietario; no hay hurto si en realidad el propietario lo consiente; y;

D).- Es necesario, que el autor del acto tenga intención de sacar provecho, *lucri faciendi gratia*. Si ha querido perjudicar a otro, pero sin lucrar, puede hacerse culpable de otro delito, pero no hay hurto.

Objeto del hurto.

Pueden ser objeto de un hurto los muebles corporales susceptibles de propiedad privada. No se constituye este delito si recae en los inmuebles, ni cuando recaiga en las cosas no susceptibles de propiedad privada, como las cosas *divine juris*, las cosas públicas.

Consecuencias del hurto.

El efecto directo del hurto es crear a cargo del ladrón una obligación nacida del delito, y que tiene por objeto, en el derecho clásico, el pago

de una multa más o menos grande. Misma que se encuentra sancionada por una acción penal, **la acción furti**.

La víctima del hurto tiene también otras acciones para obtener la restitución de la cosa robada o de su valor, la *rei persecuendae causa*. Aunque las dadas con ocasión del hurto, no nacen del delito, sino del hecho de que el propietario ha sido desapoderado de una cosa que le pertenece.

Restitución de la cosa hurtada.

Para hacer regresar a su patrimonio la cosa robada o su valor, la víctima del hurto tiene tres acciones: la *rei-vindicatio*, la *acción ad exhibendum* y la *condictio furtiva*.

Estas acciones no son dadas más que al propietario de la cosa, y como tienden al mismo fin, debe escoger y no puede ejercitar más que una.

La *rei vindicatio* es la sanción del derecho de propiedad. El propietario puede, reivindicar la cosa robada contra todo detentador, ya sea el ladrón o su heredero, o a un tercero adquirente de buena fe, que no podrá, en efecto, oponerle la *usucapio** de una cosa robada. Desde la época de Adriano, se puede ejercitar la *rei vindicatio* aún

* *Usucapio*. Usucapión. Modo de adquirir la propiedad por el transcurso de cierto tiempo fijado por la ley.

contra el que ya no posee, porque ha cesado de poseer por dolo haciendo pasar la cosa a un tercero. Pero si la cosa ha perecido, no puede ya ser reivindicada.

La acción *ad exhibendum* es personal; se da contra todo poseedor de la cosa robada y contra toda persona que ha dejado de poseer por dolo, bien entregando la cosa a un tercero, o bien destruyéndola. El demandado está obligado a exhibir la cosa, y, si no puede, pagar su estimación. Esta acción ofrece, en suma, a la víctima del hurto las siguientes ventajas:

--- Ejercitada contra un poseedor que exhibe la cosa, prepara y facilita la *rei vindicatio*;

--- Antes de Adriano, el propietario que no tiene la *rei vindicatio*, contra quien ha cesado, por dolo, de poseer, puede obrar *ad exhibendum*;

--- Desde esta época, reemplaza aún la *rei vindicatio*, cuando el poseedor ha destruido la cosa por dolo. Pero no es dada cuando la cosa robada ha perecido por caso fortuito.

La *condictio furtiva* sólo es dada contra el ladrón y sus herederos. En este límite ofrece ventajas particulares:

- Puede ser ejercitada aún si la cosa ha perecido fortuitamente, pues el ladrón siempre está en demora;
- Se da contra el ladrón o sus herederos, aún cuando sin dolo no posean; mientras que no están obligados en semejante caso ni por la *rei vindictio*, ni por la acción *ad exhibendum*.

1.1.1 Ocultación de la cosa hurtada.

La Ley de las XII Tablas calificaba también de *furtum* la ocultación, es decir, el hecho de tener en su casa la cosa robada.

Había que distinguir a este respecto cuatro hipótesis:

- 1.- *Furtum conceptum*.- aquel en cuya casa era encontrada la cosa robada, en presencia de testigos, estaba sujeto, como ocultador, a la acción *furti concepti*, al triplo.
- 2.- *Furtum prohibitum*.- Si el ocultador se oponía a la busca de la cosa robada, la ley de las XII tablas organizaba, para hacer las pesquisas, un procedimiento especial, descrito por Gayo. Cuando la cosa era así descubierta, el ocultador era tratado por la ley como un ladrón manifiesto.
- 3.- *Furtum non exhibitum*.- al cuádruplo contra el ocultador que no presenta, cuando era requerido, la cosa encontrada en su casa.
- 4.- *Furtum oblatum*.- el ladrón, o cualquier otra persona, que ha entregado a sabiendas la cosa robada a un tercero de buena fe, en cuya casa se ha encontrado después, está sujeto por su parte a una acción *furti oblatum* al triplo.

Mucho antes de Justiniano, estas diversas penalidades cayeron en desuso. Los ocultadores son castigados como ladrones no manifiestos, y la víctima del hurto sólo puede ejercitar contra ellos la acción *furti nec manifesti* al duplo.

Junto a la vieja concepción materialista del *furtum*, (sacar o remover la cosa del lugar en que se encuentra), aparece una más amplia concepción que abarca todos aquellos casos en que hay un uso o una intromisión no consentida por el propietario. En ésta concepción ya se define en general el *furtum* cometido con dolo.

Justiniano, hace un análisis de los variados casos de *furtum*, distinguiendo la sustracción de la cosa (*furtum rei*), el uso ilícito (*furtum usus*), y la indebida apropiación (*furtum possessionis*). En el Digesto, el *furtum* se define como sigue: ***furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve***¹ (hurto es la sustracción fraudulosa de una cosa con intención de lucro, ya sea de la cosa misma, o ya sea también de su uso o de su posesión; acto contrario a la ley natural).

El hurto determina una lesión injusta de la posesión, que otro tiene respecto de una cosa. En este sentido poco importa que quien posee de buena fe no sea propietario, por lo que no se comete *furtum* frente al propietario no poseedor. Se admite que el *furtum* puede dañar a quiénes detentan la cosa en virtud de un contrato que lleva

¹ Instituciones de Justiniano, p. 285.

adosada la responsabilidad; de otra manera, se reconoce también como activamente legitimado al propietario no poseedor cuando le es dable accionar al poseedor. Las acciones de hurto son negadas al ladrón hurtado y al poseedor de mala fe.

En general, las acciones del hurto competen a toda persona que esté interesada en la conservación de la cosa propia, o a quien lo sea de buena fe o al que tiene sobre ella un derecho de retención. El hurto recae sobre cosa mueble, siendo su elemento subjetivo el dolo.

1.1 Ley de las XII Tablas.

Las XII Tablas distinguen entre el *fur manifestus*, es decir aquel donde el ladrón es cogido en flagrante delito, o en el caso que el ladrón haya sido visto o aprehendido, ya por el propietario, ya por otro cualquiera en un paraje público o particular, llevándo todavía la cosa robada, antes de haber llegado al lugar a donde se proponía conducirla y depositarla; pero una vez llegado a su destino, aún cuando fuese aprehendido con la cosa asida, no será reputado como ladrón manifiesto y el *fur nec manifestus*.

El primero, siendo persona libre, y púber, sufría la pena de azotes y era entregado a la víctima del robo, sin poder resolver el problema que surgía con respecto a este sentido en el caso que si la persona que cometía el robo se quedaba o no como esclavo; si era impúber, la pena de azotes se daba en una medida variable, al tenor

de las particulares circunstancias que rodearan el caso. Tratándose de esclavo, era azotado y arrojado por la roca Tarpeya.

La víctima del robo podía también dar muerte al *fur manifestus*, cuando cometía el delito de noche *fur nocturnus*, o de día a mano armada *fur diurnus qui telo se defendit*, si bien este último caso debía pedir socorro a grandes voces.

En este sentido era posible que entre el hombre ofendido y la víctima del delito se hiciese la paz, pagando aquél al segundo una suma de dinero a título de rescate. Se establece, tanto para el hombre libre como para el esclavo, la pena del cuádruplo del valor de la cosa, cuya persecución puede lograrse mediante la *actio furti manifesti*.

El *furtum nec manifestum* es castigado por las XII Tablas, con la pena del duplo.

Se distinguía el robo por las modalidades empleadas en la busca del ladrón y de la cosa robada. Posteriormente se comenzó a elaborar el verdadero concepto del robo, hasta llegar a la definición realizada por **PAULO**, en la que se emplea la palabra: **CONTRECTATIO**, cuyo significado es muy vago, pero que suele admitirse como equivalente de aprehender o coger. En esta definición se pone de relieve que la acción debe tener por objeto cosa ajena mueble y se hace concurrir el ánimo de lucro.

Según fragmentos que quedan de los comentarios de Gayo, con respecto a la Ley de las XII Tablas, la octava habla de los delitos, estableciendo:

.... Si alguno matare al que roba de noche, sea bien muerto.

Si se cometiese el hurto de día y se le aprehendiese en el mismo acto, azótese y redúzcase a esclavitud de aquel a quien robó.

Si fuere esclavo, sea azotado y despeñado.

Si impúber, azótese a arbitrio del pretor, y satisfaga el daño causado.

Si el ladrón se defendiese con armas, puede ser muerto, gritando antes, para que vengan testigos.

El hurto encontrado *per lancem et licium* sea castigado lo mismo que el manifiesto.

El no manifiesto castíguese con el doble.

No se persiga al ladrón, cuando se haya convenido con lo robado. ”

1.2.1. Otra versión de las XII Tablas.

Otra versión de las XII Tablas nos señala lo siguiente:

Octava tabla.

De los delitos

Si robando alguno de noche fuere muerto, lo será conforme a derecho. (El robo *lance licioque conceptum* era el descubierto por medio de un hombre que entraba desnudo en el sitio donde se suponía estaba la cosa hurtada, con sólo una faja por respeto a la decencia, y llevádo en la mano un plato, cuyo verdadero objeto no se conoce. El robo *conceptum* era el delito de aquel en cuyo poder se había hallado

la cosa hurtada; es decir, cuando la cosa robada ha sido, en presencia de testigos, buscada y hallada en casa de alguno; aunque éste no sea el ladrón, se da contra él una acción especial conocida como *concepti*, y el robo *oblatum el del que* llevaba a otra casa la cosa robada, para que se encontrase en ella y no en la suya.). Para aquel en cuya casa ha sido hallada la cosa, objeto del apoderamiento, la acción que se llama *oblati*.¹

Hay también la acción *prohibiti furti* contra aquel que se opone a que sea buscada en presencia de testigos la cosa robada. Además, el edicto del pretor establece, por medio de la acción *furti non exhibiti*, una pena contra aquél que no presentase o exhibiese la cosa robada que ha sido buscada y hallada en su casa.

Si se entabla acción por hurto no manifiesto (la pena del ladrón será el duplo.).

Duodécima Tabla.

Complementa a las cinco últimas tablas.

Si el esclavo comete robo u otro delito que cause daño... (puede ejercitarse contra el dueño, no una acción personal, pero sí una acción noxal).^{**}

¹ La noxalidad consiste en: si el autor del delito privado es un esclavo o un filius familias, la acción penal es concedida noxaliter contra el dominus o el pater, por manera que éstos pueden librarse de la pena pecuniaria entregando al ofendido la persona del reo. La responsabilidad por el hecho delictivo del filius o del servus no alcanza al pater o dominus bajo cuya potestad se encuentra en el momento de la comisión del mismo. Sino a aquél que se halla investido del poder paterno o dominical en el momento de ser intentada la acción. Cesa la acción noxal cuando el filius o el servus salen del poder paterno o dominical, por ejemplo mediante la emancipación o la manumisión, y entonces el ofendido o perjudicado puede actuar.

Algunos juristas distinguen otras dos clases de hurto: *el furtum conceptum*, que tiene lugar cuando la víctima descubre la cosa hurtada mediante pesquisa *solemne-lance licioque*, es decir, efectuada con un platillo en la mano y sin más vestidura que un mandil atado a la cintura, y el *furtum oblatum*, que sucede cuando alguien endosa el objeto robado a otra persona, exponiéndola así a la venganza de la víctima; en cambio otros juristas, no ven en el *furtum conceptum* y en el *furtum oblatum* dos clases de hurto propiamente dichas, sino tan sólo los presupuestos de unas acciones *furto coherentes*, es decir, nacidas con ocasión de este delito.

El efecto de la pesquisa *solemne Lance licioque*, es atribuir a un *fur* la *condición de manifestus*, y consiguientemente, la pena asciende al cuádruplo. Verificada la pesquisa sin solemnidad, es una forma que es simplificación y degradación de la antigua, pues que de ella sólo conserva el requisito de la presencia de testigos, pero sin que resulte patente la culpabilidad del detentador de la cosa.

El Pretor crea la *actio furti prohibiti*, para exigir el cuádruplo a quien se opone a la pesquisa *lance licioque*, y la *actio furti non exhibiti*, contra quien se niega a presentar la cosa hurtada, que ha sido buscada y hallada en su poder. Estas acciones cayeron en desuso, no admitiéndose en el Derecho Justiniano la pesquisa según el modo antiguo. En este momento, todos los que a sabiendas hubieren recibido y ocultado una cosa robada, quedan sujetos a la *actio furti nec manifesti*.

La *actio furti nec manifesti* puede ser intentada no sólo contra el *fur*, sino también contra el que coopera al hurto con su ayuda y consejo.

La *actio furti* es infamante y perpetua; es transmisible a los herederos de la víctima, pero no a los del ladrón, dado su carácter penal.

A lo largo de la historia del Derecho romano, el *furtum* fue un delito privado; sin embargo, progresivamente surgen y se afianzan las penas públicas para reprimir las modalidades más graves. A fines de la República, la Ley Cornelia de Sicariis castigaba al ladrón armado; luego, la Ley Julia, al que sustrae cosas públicas o sagradas, y, en fin, una serie de hurtos cualificados -en atención a las circunstancias de lugar y de tiempo en que se cometen, de los medios adoptados para su ejecución, de la especial naturaleza de la cosa hurtada -, caen pronto bajo la disciplina del procedimiento criminal. Avanzado el Imperio, la víctima puede recurrir, en la mayoría de los casos, y si así lo prefiere, a la justicia penal *extra ordinem* antes que al proceso privado.

Existe también robo, no sólo cuando se alza la cosa de otro para apropiársela, sino en general cuando se toma una cosa contra la voluntad del propietario de ella. Así cuando el acreedor se sirva de la cosa que le ha sido dada en prenda; el depositario, de la que le ha sido confiada, o bien cuando el que tiene una cosa en uso la emplee en otro uso distinto de aquel para el cual le ha sido dada, hay robo, sin

embargo, el que toma las cosas a préstamos y las emplea en un uso distinto de aquel para el cual le fueron prestadas, no comete robo si no lo hace sabiendo que es contra la voluntad del propietario, y que éste, si lo supiese, no lo permitiría. Pero si se ha creído cierto del permiso, no hay crimen, distinción muy justa, porque no hay robo sin intención de robar. Y aún si el que toma a préstamo cree usar la cosa contra la voluntad del propietario, mientras que tiene esto lugar según su voluntad, se decide que no hay robo.

Y aún otras veces se roba su propia cosa, por ejemplo, si el deudor sustrae a su acreedor la cosa que le había dado en prenda. Los que se hallen bajo la potestad de su padre o de su señor, si les sustraen alguna cosa, cometen un robo; esta cosa cae bajo la condición de las cosas robadas. Pero si el robo ha sido cometido con el auxilio y consejo de otro, este último será responsable por la acción de robo, porque es seguro que ha cooperado a un robo con asistencia y consejo. Pero el que no ha hecho más que aconsejar el robo, aunque fuese con exhortaciones, pero sin ayudar a cometerlo, se halla obligado por la acción de robo.

La acción de robo se da aquel que tiene interés en la conservación de la cosa, aún cuando no sea propietario; y éste, por consiguiente, no tiene acción sino en el caso en que se halle interesado en que la cosa no perezca. La acción de robo, sea del doble o del cuádruplo, tiene por único objeto la reclamación de la pena, porque además tiene el propietario la reclamación de su misma cosa, que puede hacerse devolver por vindicación o por condición. La

vindicación existe contra el poseedor, ya sea el mismo ladrón o cualquiera otro; la condición, por contrario, contra el ladrón o su heredero, aunque no posea.

1.2.2 La rapiña. (*bona vi rapta*).

Hacia la época de las guerras civiles, los hurtos y los actos de destrucción cometidos por las bandas armadas se habían hecho muy frecuentes, y los culpables, rara vez cogidos en el hecho, no incurrían más que en la acción *furti nec manifesti* al duplo, o la acción de la Ley Aquilia.

Para asegurar una represión más enérgica, el pretor peregrino Lúculo creó, en el año 678, la acción *vi bonorum raptorum*, que fue dada en caso de hurto y daño agravados de violencia. Creada primero para los delitos cometidos por bandas con o sin armas, **fue extendida al robo y al daño con violencia**, aunque proviniera de una sola persona.

Consistía en el acto de arrebatar dolosamente una cosa ajena, mueble, con el ánimo de lucrar. Este delito no constituía, al principio, una figura propia del delito, sino un hurto cualificado: sustracción hecha con violencia. El arrebato violento de las cosas ajenas es circunstancia que agrava, naturalmente, el hurto, y por eso se llama *improbis fur* a quien procede de tal manera. ²

² Juan Iglesias, Derecho Romano, Historia e Instituciones, p. 423.

Este delito ataca, no solamente al patrimonio de las personas, sino también a la vida e integridad de las mismas, su paz y su seguridad. Representa un elemento de importancia para estimar la temibilidad del agente dentro de su máxima intensidad. En el caló de los mal vivientes, al especialista en robos con violencia se le llama "bravero"*.

Este delito contenía los mismos *elementos que el furtum o del damnum injuria datum*, con la circunstancia agravante de la violencia, y la víctima podía contentarse con las acciones nacidas del hurto o de la Ley Aquilia.

De la rapiña se derivaban dos clases de acciones. Las que tendría a exigir del rapto cuatro veces el valor de lo robado, mediante la acción *furti-manifesti*; y la que tenía por objeto pedir la estimación de lo robado y el triple de su valor, conocida como *vi bonorum raptorum*.*

El que tomaba violentamente algo que fuera suyo, pero que estaba en poder de otra persona, pedía como sanción, el dominio sobre ello, y si tomaba violentamente una cosa al creer que era suya y resultaba que no lo era. Estaba obligado a restituirla y a pagar por vía de pena la estimación.

* "bravero", pendenciero, también se le llama así al ladrón especializado en asaltar a mano armada en forma violenta o despiadada.

* Esta de carácter infante, ejercitaba in quadruplum, dentro del año o in simplus, si ha transcurrido éste.

Sin embargo, el pretor ha introducido contra este delito una acción especial que se llama **ACCIÓN DE LOS BIENES ARREBATOS CON VIOLENCIA**, que es del cuádruplo durante el año, y después del simple. Esta acción se aplica aún contra aquel que hubiese arrebatado una sola cosa, por pequeña que fuese. El cuádruplo no se halla aquí íntegramente por título de pena, quedando además a salvo la persecución de la cosa; como se ha dicho respecto del robo manifiesto; sino que en este cuádruplo se halla comprendida la persecución de la cosa; por manera que la pena es del triple, ya que el ladrón haya sido aprehendido o no en flagrante delito.

Esta acción sólo se da contra aquel que ha arrebatado con un mal propósito, si alguno arrebatara una cosa, creyéndose equivocadamente propietario de ella, y pensando, por ignorancia del derecho, que un propietario puede recobrar su cosa, aún con violencia, de los poseedores, deberá ser absuelto; y por la misma razón, no se tendrá tampoco, en este caso, la acción de robo. Las constituciones imperiales han mejorado la legislación con respecto a este delito, diciendo que nadie puede arrebatar por fuerza ningún objeto mueble o semoviente, aunque se creyese propietario de él; y las infracciones de estos estatutos se castigan con la pérdida de la propiedad de la cosa, si pertenecían al que la arrebataba; si no, después de haberla restituido, sea obligado a pagar además su valor.

No es necesario, respecto de esta acción, que la cosa estuviese en los bienes del demandante; porque, estuviese o no en sus bienes, si ha sido arrebatada de entre ellos, la acción tiene lugar.

“**CONCUSIÓN**, era el acto por virtud del cual se obligaba a una persona, mediante la violencia física o moral, a dar lo que tenía”.³

Las primeras disposiciones sobre lo que hoy se llama en nuestra legislación robo, aparecen en las Doce Tablas, que distinguían el *furtum manifestum* y el *furtum nec manifestum*. Se basaba esta división en el hecho de que se sorprendiera o no al ladrón infraganti. Se distinguía el robo por las modalidades empleadas en la busca del ladrón y de la cosa robada. Propiamente con posterioridad, se comenzó a elaborar el verdadero concepto del robo, hasta llegar a la definición de el hecha por PAULO, en la que se emplea la palabra: “**CONTRECTATIO**”, cuyo significado es muy vago, pero que suele admitirse como equivalente de aprehender o coger. Esta definición se pone de relieve que la acción debe tener por objeto cosa ajena mueble y se hace concurrir al ánimo de lucro.

“Es muy singular el hecho de que dentro del delito de hurto, se comprendían los delitos, ahora conocidos como abuso de confianza y fraude, entre otros, por tener un elemento común, que era el ataque lucrativo contra la propiedad.”⁴

En la Lex Cornelia de Sicaris, se impusieron penas muy duras contra el robo con violencia, castigándolo con la pena capital, por medio de la horca o de las bestias.

³ José Ignacio Morales, Derecho Romano, p. 246.

⁴ Eduardo López Betancourt, Delitos en Particular, p. 251.

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

1.3 El robo en diversos países.

El robo en Grecia.

En la antigua Grecia, el hurto se castigó en Atenas y en Esparta; sin embargo, se cree que los lacedemonios no lo sancionaron sino cuando el ladrón era sorprendido en flagrante robo, o en cualquiera otra circunstancia que se comprobara el mismo.

El robo en Alemania.

El Derecho Germánico concibió también el hurto como la sustracción de cosas ajenas muebles, y distinguió entre hurto clandestino o en sentido propio y hurto violento o robo.

En este sistema penal, se conoce ya una distinción entre el hurto y el robo, pero se entendía por robo el de violencia en las personas solamente.

El robo en la Edad Media.

En la Edad Media existe una confusión que perdura hasta su codificación. En el Código Penal de 1882, se recoge por primera vez la

distinción entre el hurto y el robo, pero además y por influencia del Código Penal Francés, se caracteriza este último por la distinción entre robo con fuerza en las personas y en las cosas, sistema que ha perdurado después en todos los Códigos posteriores. La pena era casi siempre pecuniaria, graduable según el valor intrínseco de lo robado. Y cuando concurrían agravantes, podía imponerse la pena capital, que se aplicaba al reincidente reiterado, o de modo preciso, al que recaía en el tercer hurto.

El robo en Francia.

El Derecho Penal Francés, en sus inicios no definió específicamente el delito de robo, debido a la influencia que tenía del Derecho romano. Posteriormente en el Código de Napoleón, dentro de los ilícitos contra el patrimonio de las personas, encontramos al robo, entre otro, agrupados en un capítulo y por último las destrucciones o perjuicios a las cosas.

El artículo 379 del Código Francés describe el delito de robo de la manera siguiente: "Cualquiera que subtrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo"⁵. De esta manera el Derecho Galo disminuyó la extensión del antiguo *furtum romano*, al considerar que éste no sólo se constituía por quien quita una cosa ajena para apropiársela, sino también quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño. El robo se limitó a un único caso, el

⁵ *Ibid* p. 252.

de la sustracción fraudulenta, el del manejo por el cual se quita una cosa a su legítimo tenedor o propietario sin su consentimiento.

El Código de Bonaparte, no establece una diferenciación entre hurto y robo, sin embargo, no todas las legislaciones siguieron este criterio; por ejemplo, en la legislación española, señala Francisco Muñoz Conde, que la distinción robo-hurto en el Derecho Penal Español no se puede comprender plenamente sin un examen histórico de esta situación.

En el Derecho Romano a diferencia del Derecho Francés, estos delitos permanecían, en principio, indiferenciados y sólo después por influencias germánicas comenzaron a distinguirse. Aunque en el Derecho romano la noción de *furtum* abarcaba las más diversas modalidades de sustracción patrimonial, siendo en principio un delito privado, posteriormente y por obra del derecho pretorio, se fueron separando las figuras más graves, para pasar a la categoría de delitos públicos, sobre todo en los delitos donde se utiliza la violencia (física o moral), sobre las personas.

El robo en España.

La distinción robo-hurto en el Derecho penal español no se puede comprender plenamente sin un examen histórico de la cuestión.

En el derecho romano estos delitos permanecían, en principio, indiferenciados y sólo después por influencias germánicas comenzaron

a distinguirse. “Aunque en el Derecho romano la noción de *furtum* abarcaba las mas diversas modalidades de sustracción patrimonial, siendo en principio un delito privado, posteriormente y por obra del Derecho pretorio, se fueron separando las figuras mas graves, para pasar a la categoría de delitos públicos, sobre todo en los casos de violencia en las personas. En el derecho germánico, por el contrario, se conoce la distinción hurto-robo, pero se entendía por robo el de violencia en las personas solamente...”⁶

El robo en el Derecho Canónico.

En el Derecho Canónico, se distinguió el robo oculto del robo visible, castigándose menos severamente el visible, asimismo, algunos autores han considerado que por su gran influencia del cristianismo, resaltó en gran medida a la intención del ladrón. Sin embargo, también reguló el robo de indigente, siendo aquel el que roba alimentos y vestido, estimando también la devolución de la cosa robada.

Por el contrario, en la Edad Media, se castigó al hurto agravado con penas como la amputación de la nariz o de la orejas, la pérdida de un trozo de carne, el estigma, o la horca. Posteriormente en el siglo XVIII se abolió la pena de muerte, para el delito de hurto simple.

⁶ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte Especial, p. 199.

1.4 Historia Nacional.

En la época precortesiana, el derecho penal fue ejemplar, siendo en algunos casos demasiado severo en sus sanciones.

El robo entre los Mayas.

El Derecho Penal Maya era severo. El robo era sancionado mediante la aplicación de la Ley del Talión, salvo si el culpable era un menor, en cuyo caso la pena era la de esclavitud. Asimismo se grababa en la cara de los ladrones de clase superior los símbolos de su delito. El hecho de que las casas carecieran de puertas sugiere un alto grado de honradez popular. Un mérito del primitivo Derecho Maya era la diferenciación entre dolo e imprudencia. Contrariamente al sistema azteca, no había el recurso de apelación. Poco loable era la diferenciación de la pena según la clase social. Había una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios.

El robo entre los zapotecos.

“Entre los zapotecos, al robo se le imponían penas según la gravedad, de la siguiente manera:

Robo leve = flagelación en público.

Robo grave = muerte y cesión de los bienes del ladrón al robado.”⁷

⁷ Raúl Carrancá y Rivas, Derecho Penitenciario, p. 42.

Entre los purépechas le correspondía al robo la sanción de muerte ejecutada en público.

1.4.1 El robo entre los Aztecas.

El Derecho Penal Azteca era, desde luego, muy sangriento. La pena de muerte es la sanción más corriente en las normas legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue generalmente pintoresca y cruel. Las formas utilizadas para la ejecución fueron la muerte en la hoguera, el ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento, empalamiento y desgarramiento del cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes.

A veces la pena capital fue combinada con la de confiscación. Otras penas fueron la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad fueron lugares de lenta y miserable eliminación. Penas más ligeras, a primera vista, pero consideradas por los aztecas como una insoportable ignominia, fueron las de cortar o quemar el pelo.

A veces, los efectos de ciertos castigos se extendieron a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

La primitividad del sistema penal se mostró, *inter alia*, en la ausencia de toda distinción entre autores y cómplices, todos recibían el mismo castigo.

La sanción por robo, rasgo que se observa en tantos derechos primitivos, y que se explica por la pobreza general y por el hecho de que, en una sociedad agrícola, cada campesino siente sus escasas propiedades como producto de sus arduas labores.

Es de notarse que entre los aztecas el Derecho Penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito. En general puede decirse que el régimen penal colonial era mucho más leve para el indio mexicano que este duro Derecho Penal Azteca.

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

Una figura especial, concebida en este derecho es el robo en guerra, delito que era castigado con la pena de muerte, al igual el robo de armas e insignias militares.

Este tipo de delitos no son difíciles de concebir por el carácter bélico que tuvo esta civilización y también por lo importante que resultaban todos los implementos que se utilizaban para la guerra.

Además se consideró el delito de hurto en el mercado, el cual era castigado con la pena de lapidación en el sitio de los hechos. El robo de cosas leves, se castigaba a satisfacción al agraviado; lapidación, si la cosa hurtada ya no existe, o si el ladrón no tiene con qué pagar su equivalente. Al hurto de oro o de plata, se imponía el paseo denigratorio del ladrón por las calles de la ciudad y posterior el sacrificio del mismo en honra del dios de los plateros.

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

El mundo maya, en relación al azteca, muestra menos energía en cuanto al tratamiento de los delincuentes. El robo de cosa que no puede ser devuelta se sancionaba con la esclavitud.

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

1.4.2 El robo en la Época Colonial.

En la Colonia, se aplicaron las instituciones jurídicas españolas, como las Leyes de los Reynos de Indias, que desde luego constituyeron la base de las leyes de la Colonia; las Ordenanzas de Gremios de la Nueva España, entre otras. Asimismo regían supletoriamente el Derecho de Castilla, como el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, entre otras.

En la Colonia, el delito de robo y asalto, merecía la muerte en la horca, hacer cuartos el cuerpo y poner éstos en las calzadas. Al robo sacrilego, llevado a efecto en la iglesia de Tlaxcala en los vasos sagrados y el viril, además de comerse los ladrones las formas consagradas. La pena fueron azotes y herramiento, o sea, marcar con hierro encendido al culpable

Al delito de robo y complicidad en el robo, se sancionaba con azotes y cortadura de las orejas debajo de la horca. Para el delincuente que cometía conjuntamente los delitos de homicidio y robo, la pena consistía en garrote con previo traslado al sitio del suplicio por las calles públicas, La ejecución de la pena duraba de las once de la mañana a la una de la tarde. Exhibición de los cadáveres en el patíbulo hasta las cinco de la tarde. Posterior separación o cortadura de las manos y fijación de las mismas en escarpías puestas en la puerta de la casa en que se cometió el homicidio.

Al delito de robo, sin especificar más detalles, se imponían las penas de:

- Muerte en la horca, en el sitio de los hechos.
- Muerte en la hora, posterior descuartizamiento del cuerpo para poner las partes en las calzadas y caminos de la ciudad. Luego, exhibición de las cabezas.

1.4.3 Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949.

Título Vigésimo Segundo.

Capítulo 1.

Robo.

Art. 353. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley.

Art. 356. Cuando el valor de lo robado no exceda de quinientos pesos, se impondrá una sanción de tres días a dos años de prisión y multa hasta de 500 pesos.

Art. 357. Cuando excediera de 500 pesos, pero no de cinco mil, la sanción será de dos a seis años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos.

Art. 358. Cuando excediera de cinco mil pesos, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa hasta de diez mil pesos.

Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor de cambio de la cosa robada. Si éste no pudiera determinarse o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará prisión de tres días hasta dos años.

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

Art. 360. Si el robo se ejecutare con violencia a las personas o a las cosas, a la pena que corresponda por el robo simple, se agregarán de seis meses a tres años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas del concurso.

1.4.4 Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958.

Título Decimocuarto.

Subtítulo Quinto.

Delitos contra el patrimonio.

Art. 274. Comete el delito de robo el que con ánimo de dominio o de uso se apodera de una cosa ajena, mueble, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella. Cuando el valor de lo robado no exceda de cien pesos, se impondrán hasta seis meses de prisión y multa de veinte a doscientos pesos.

Cuando exceda de cien pesos, pero no de cinco mil, se impondrán de seis meses a cinco años de prisión y de cien a cinco mil pesos de multa. Cuando exceda de cinco mil pesos, se impondrán de tres a doce años de prisión y multa de cinco mil a doce mil pesos.

Art. 275. En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar el monto, se aplicarán de tres días a cuatro años de prisión.

Art. 276. Para estimar la cuantía de robo. Se atenderá únicamente el valor de cambio de la cosa robada. Si éste no pudiera determinarse o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicarán de tres días a cuatro años de prisión.

Art. 277. Se considerará calificado el delito de robo cuando:

- I.- Se ejecute con violencia en las personas o en las cosas;
- II.- El objeto del robo sea un expediente o algún documento de protocolo, oficina o archivo público, o documento que contenga obligación, liberación o transmisión de derechos;
- III.- Se cometa aprovechando alguna relación de servicio, de trabajo o de hospitalidad;
- IV.- Se cometa en paraje solitario, en lugar cerrado, o en edificio, vivienda o aposento, aunque no estén habitados;
- V.- Se cometa aprovechando la falta de vigilancia, el desorden o confusión que se produzcan por un incendio, naufragio, inundación, accidentes con motivo del tránsito de vehículos o aeronaves u otro siniestro;

VI.- Se cometa por medio de escalamiento o empleo de llaves falsas, y;

VII.- Reaiga sobre vehículos estacionados en la vía pública, sobre parte de ellos u objetos guardados en su interior. Además de las sanciones señaladas por los artículos 266 y 268, se aplicarán hasta tres años de prisión cuando el robo sea calificado.

Art. 280. Cuando el valor de lo robado no pase de cien pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

1.4.5 Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

Sección Quinta.

Delitos contra las personas.

Título Quinto.

Delitos contra el patrimonio.

Capítulo I.

ROBO.

Art. 332. Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena, con ánimo de apropiársela y sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella.

Art. 333. Cuando el valor de lo robado no exceda de mil pesos, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa de cien a dos mil pesos.

Cuando exceda de mil pesos, pero no de diez mil, se impondrán de dos a siete años de prisión y de mil a cuatro mil pesos multa. Cuando exceda de diez mil pesos, se impondrán de tres a doce años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Art. 335. Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco de la cosa robada. Si éste no pudiere determinarse, o si por la naturaleza de la cosa no fuere estimable en dinero, se aplicarán de tres días a cinco años de prisión y multa de cien a mil pesos.

En los casos de tentativa de robo a que se refiere la segunda parte final el párrafo anterior de este artículo, se aplicarán de tres días a cuatro años de prisión y multa de cien a dos mil pesos.

Art. 336. Se considerará calificado el delito de robo cuando:

- I.- Se ejecuta con violencia en las personas o en las cosas;
- II.- Se cometa aprovechando alguna relación de servicio, de trabajo o de hospitalidad;
- III.- Reaiga sobre vehículos estacionados en la vía pública, sobre parte de ellos u objetos guardados en su interior, y;
- IV.- Se realice aprovechado la falta de vigilancia, el desorden o confusión que se produzca por incendio, naufragio, inundación,

accidentes con motivo del tránsito de vehículos o aeronaves o cualquier siniestro. En los casos de robo calificado, las sanciones correspondiente al robo simple se aumentarán con prisión hasta de cinco años y multa hasta de tres mil pesos.

Art. 339. Cuando el valor de lo robado no pase de mil pesos y sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

1.4.6 Código Penal de 1871.

En la exposición de motivos de este Código, el Licenciado Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión encargada de formar el mismo señaló que la comisión al querer acomodarse al lenguaje común de las personas, no se hizo una distinción legal entre el hurto y el robo, sino que se desechó del proyecto admitiendo en él únicamente la primera de ambas denominaciones.

“Para proporcionar la pena al daño causado, se hizo una escala de ascendente de diversas penas para los robos que no excedan de 5 pesos, de 50, de 100, de 500, ni de 1,000 y para los que pasen de esta cantidad, se estableció que por cada 100 pesos de exceso se aumente un mes más de prisión. Pero si la cantidad de lo robado es muy alto podría resultar una cantidad muy exagerada, por lo que se fijó un límite en los robos ejecutados sin violencia y otro para los ejecutados

con violencia con lo cual se consigue una proporcionalidad directa al daño causado.”⁸

En este ordenamiento legal, el delito de robo lo encontramos en el Libro Tercero De los delitos en Particular, Título Primero Delitos contra la propiedad, capítulo I robo; capítulo II Robo sin violencia; y capítulo III Robo con violencia en las personas.

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

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

Otro aspecto importante de este Código, fue el hecho de especificar diversos tipos de robo, imponiendo para cada uno de ellos la sanción o pena correspondiente.

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

⁸ Eduardo López Betancourt, Delitos en Particular, Tomo I, pp. 255 y 256.

* Situación que es imprecisa, ya que sólo el hecho de tener una cosa en las manos no es criterio para sostener que se la ha robado.

Art. 398.- La violencia en las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo, la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla.*

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

- 1.- Cuando ésta se haga a una persona distinta a la robada que se halle en compañía de ella; y
- 2.- Cuando el ladrón la ejerciere después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado.

1.4.7 Código Penal de 1929.

En el Código penal de 1929, el delito de robo se encuentra tipificado en el Libro Segundo, De la Reparación del daño; título Vigésimo Delitos contra la propiedad; Capítulo I, Del robo en general; Capítulo II, Del robo sin violencia; y, Capítulo III, Del robo con violencia.

Este Código, también conservó la división del Código de 1871, del robo en general, robo con violencia y robo sin violencia. Definía al robo en general, de la siguiente manera:

* Criterio que hasta la fecha sigue sosteniendo de igual manera nuestra legislación penal en el artículo 373 del Código Represivo.

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

En cuanto a la consumación del delito, este Código da más de referencia estableciendo:

Art. 1114.- Para la aplicación de la sanción, se da por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. *

Este Código también distingue entre la violencia física y la moral, como lo hace el Código de 1871.

1.4.8 Código Penal vigente para el Distrito Federal (1931).

Título Vigésimo Segundo.

Delitos en contra de las personas en su patrimonio.

Capítulo I.

ROBO

Este ordenamiento trata de manera distinta al delito de robo, simplemente ubicándolo en un único capítulo, en el que agrupa al robo con violencia y al robo sin violencia. Define al delito de robo:

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

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

Respecto a la consumación del delito, el criterio es el mismo que se estableció en el Código de 1929:

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

En relación al robo con violencia, se aumenta la pena y si el hecho constituye algún otro delito, se utilizarán las reglas de acumulación.

Art. 372.- Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple, se agregarán de seis meses a tres años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

También distingue la violencia física y la violencia moral de la forma siguiente:

Art. 373.- La violencia a las personas se distingue en física y moral.

Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mala grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo.

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

Asimismo, este Código regula al robo de indigente en el artículo 379 que a la letra dice:

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

“También se considera el hecho de que alguna persona haya tomado una cosa ajena con carácter temporal, sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor, siempre que acredite no haberla tomado para apropiarse de ella, se le impondrán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla si se le

* Robo conocido como de famélico, el cual constituye un estado de necesidad, es decir, en un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley, los cuales entrar en conflicto, sacrificándose el de menor valía.

requirió a ello y pagará al ofendido el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada, como reparación del daño”⁹

1.4.9 Reformas al Código Penal de fecha 13 de Mayo de 1996.

El 13 de Mayo de 1996, entraron en vigor las reformas propuestas por el Ejecutivo Federal al Código Penal, de entre las cuales se creó el tipo penal previsto en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, respecto al delito que ahora se estudia, 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 asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días. 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”.¹⁰

Este último párrafo ha traído ciertas controversias, toda vez que para algunos autores es considerado como circunstancia agravante o calificativa del delito de **ROBO**, en tanto que para otros el mismo constituye un **TIPO ESPECÍFICO DE ROBO**, lo que trae diversas consecuencias jurídicas; por lo que es necesario analizar brevemente la exposición de motivos que llevó al legislador dar origen al citado tipo

⁹ *Ibid* p. 260.

¹⁰ Código Penal. p. 91.

penal; exposición de la cual se advierte principalmente los siguientes puntos:

A).- Es indudable que en la actualidad se viven tiempos de grave deterioro en el campo de la seguridad pública y procuración de justicia.

B).- En toda la República, la criminalidad refleja altos índices de crecimiento y sus formas de organización y actuación son cada vez más violentas y sofisticadas, que atenta sin lugar a dudas en contra del orden social.

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

D).- En 1995, el promedio diario de los hechos denunciados como posiblemente constitutivos de delito, tuvo incremento del 35.36% en relación con el año de 1994.

E).- La incidencia de hechos denunciados de carácter patrimonial, como el robo de vehículos, a transeúntes, negocios, transportes, a casas habitación, etc., así como las lesiones dolosas han tenido un crecimiento muy significativo y preocupante.

F).- Se observa que la delincuencia recurre cada vez más a la violencia como medio para lograr su objetivo; actualmente en promedio diario se denuncian robos cometidos con violencia 60 a vehículos, 25 a establecimientos mercantiles y 3 a casa habitación, lo que refleja un alto índice de inseguridad. El robo representa cerca del 70% de los hechos delictivos en el Distrito Federal, de ellos poco más de la mitad son cometidos con violencia y cerca de la tercera parte comprende robos de cuantía menor a \$50,000.00 pesos.

G).- El legislador 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 se cometen a diario, y que lastiman la vida y la integridad física de los individuos, así como el patrimonio de las familias, ha propuesto diversas iniciativas a este respecto, 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.

H).- En virtud de lo anterior, es necesario actualizar la legislación 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 les hubiere causado; todo ello, en un marco de pleno respeto a los derechos humanos.

* Por legislación penal, se entiende tanto al Código Penal como al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

I).- 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.

J).- La iniciativa propone adicionar el artículo 371 del Código Penal con un párrafo a fin de establecer una nueva forma para sancionar los robos que sean realizados por dos o más sujetos activos mediante la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo 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.

K).- Esta adición busca sancionar severamente estas conductas, las cuales llegan a dañar la integridad física y la dignidad de los individuos. 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 a fin de que inhiban su comisión.

L).- Asimismo, se propone imponer a los delincuentes, 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.

LL).- Lo anterior tiene como objetivo, brindar mayor seguridad a las colonias, barrios y conjuntos habitaciones, ya que constituye un sistema para erradicar la delincuencia y así recuperar los espacios públicos en favor de la comunidad.

CAPÍTULO II

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ROBO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL

2. Elementos del tipo.

Antes de entrar al análisis de fondo del estudio dogmático del delito en comento, es necesario hacer mención que en el presente capítulo se estudiarán los Elementos del Tipo y no el Cuerpo del Delito; toda vez que si bien en atención a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 ocho de Marzo de 1999, las cuales entraron en vigor al día siguiente de su publicación, respecto a los artículos 16 y 19 entre otros de nuestra Constitución Política, y no así las reformas por lo que respecta a la Ley Adjetiva de la materia; y atendiendo a la concepción que se tenía anteriormente de CUERPO DEL DELITO, éste sólo comprendía los elementos objetivos externos, en tanto el concepto de elementos del tipo que es más amplio, comprende además de los elementos objetivos a los elementos subjetivos y normativos del tipo, por lo que en atención a la antigua concepción de cuerpo del delito, se tiene que éste se encuentra contenido dentro de los elementos del tipo; máxime que no se está aplicando retroactivamente la legislación, ya que en materia procedimental las reformas son aplicables desde el día de su entrada en vigor; sirve de apoyo a lo anterior la siguiente tesis jurisprudencial, que textualmente señala:

Octava Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: XII-AGOSTO.

Página: 554.

RETROACTIVIDAD. APLICACIÓN IMPROCEDENTE DE LA LEY PROCESAL PENAL. En materia penal, el principio de irretroactividad, recogido en el párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Federal,* tiene como excepción aquellos casos en que la nueva ley, es más benigna que el reo, aspecto que reconoce en forma unánime la jurisprudencia, la doctrina y el Derecho Positivo. Sin embargo, tales hipótesis excepcionales se refieren al aspecto sustantivo del delito de la pena, pero no al adjetivo o procedimental, pues las leyes del procedimiento según la doctrina, no pueden producir efectos retroactivos, porque siempre se expiden para el futuro, esto es, para encaminar y regular los procedimientos que deben seguirse en los juicios, a partir de la expedición de la nueva ley, y por ende, cada etapa procesal se encuentra regida por las disposiciones vigentes en la época en que aquellas se lleven a efecto. Conforme a lo anterior, las actuaciones realizadas bajo la vigencia de la ley anterior, no pueden ser destruidas sí, al momento de consumarse, fueron objeto y resultado de las normas que las rigieron, de tal manera que al valorar el juzgador tales actuaciones, su facultad se encuentra limitada a realizar una declaración sobre si aquel acto se consumó bajo las

* "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna."

reglas que se rigieron y nunca sobre otras, que ni siquiera existían, en el mundo jurídico.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo Directo 126/93. Eduardo Martínez Nino. 3 de Junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvea. Secretario: Esteban Oviedo Rangel.

El tipo de ROBO a estudio, se encuentra tipificado en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente para el Distrito Federal, dentro del Título Vigésimo Segundo, el cual regula los delitos conocidos como delitos cometidos en contra de las personas en su patrimonio, en virtud de que el patrimonio de las personas es el bien jurídico tutelado por el Derecho Penal.

2.1 El patrimonio.

Este término (patrimonio), ha sido aplicado en nuestro Código Penal vigente, ya que se considera que este vocablo es más apropiado que el término de propiedad, que se utilizaba en Códigos Penales anteriores; término que no es del todo correcto ya que en algunos de los delitos contemplados por el mismo, no sólo se tutela la propiedad, sino también el derecho de posesión y los derechos reales en general.

Entendiéndose por patrimonio, al conjunto de poderes y deberes apreciables en dinero, que tiene una persona.* Se utiliza la expresión

* Del latín "patrimonium". Parece indicar los bienes que el hijo tiene heredados de su padre y abuelos.

de poderes y deberes ya que no sólo los derechos subjetivos y las obligaciones pueden ser estimadas en dinero, sino que también lo podrían ser las facultades y las cargas que se pueden traducir en un valor pecuniario.

Elementos del patrimonio.

El patrimonio tiene dos elementos: el activo y el pasivo; el primero, se constituye por el conjunto de bienes y derechos, mientras que el segundo se integra por las cargas y obligaciones que son susceptibles de apreciarse en dinero. Los bienes y derechos que integran el activo se traducen en derechos reales, personales y mixtos, y el pasivo por deberes personales o cargas u obligaciones reales.* Se denomina patrimonio neto lo que resta de activo cuando se ha deducido el pasivo.

Por lo anterior, se puede señalar que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, en cuanto a que es el conjunto de poderes y deberes que se extienden en el tiempo y en el espacio; en el tiempo, porque abarca tanto los bienes, derechos, obligaciones y cargas presentes, así como las que llegará a tener una persona en el futuro, y en el espacio, porque comprende todo lo susceptible de apreciación pecuniaria.

* La obligación real es la necesidad para el deudor de ejecutar un acto positivo, exclusivamente en la razón y en la medida de una cosa que detenta.

2.1.1 Teorías sobre el patrimonio.

Sobre el patrimonio existen dos teorías: la teoría mejor conocida como clásica o teoría del patrimonio-personalidad y la teoría moderna o del patrimonio de afectación.

Teoría del patrimonio-personalidad.

Esta teoría surgió en la escuela francesa de Aubry y Rau, la cual concibe el patrimonio como una emanación de la personalidad; entre persona y patrimonio existe un vínculo permanente y constante, señalando que sólo las personas pueden tener un patrimonio, en tanto que sólo ellas son sujetos de derecho y obligaciones, resultando que sólo las personas pueden tener el carácter de deudores y acreedores. Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio, y en el caso de que no se tengan, existe la capacidad de tenerlos en un futuro. Cada persona sólo tendrá un patrimonio; de lo que resulta su universalidad y la indivisibilidad de la persona a quien se atribuye, por lo que éste resulta ser inseparable de la persona y transmitirse solamente por *actos mortis*. Si en vida pudiera enajenarse todo el patrimonio, significaría que la personalidad podría enajenarse.

Para Rojina Villegas, la teoría clásica del patrimonio es artificial y ficticia, despegada de la realidad ya que puede llegar a confundirse con la capacidad, toda vez que esta teoría llegó a considerar que el patrimonio puede existir aún sin bienes presentes y con la sola posibilidad de adquirirlos en un futuro.

Teoría del patrimonio de afectación.

Esta teoría surge como consecuencia a las críticas de la teoría anterior, pero sobre todo a la conceptualización de la indivisibilidad e inalienabilidad que se hace de patrimonio. Esta teoría desvincula las nociones del patrimonio y personalidad evitando así su confusión, sin que esto signifique negar la relación entre ambas.

La base de esta teoría radica en el destino que en un determinado momento tienen los bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico que puede ser de carácter económico o jurídico al cual pueden estar afectados los bienes, derechos y obligaciones considerados como universalidad.

Esta teoría a diferencia de la primera considera que una persona puede tener distintos patrimonios en razón de que estos pueden tener diferentes fines, así como el hecho de que dichos patrimonios pueden transmitírsele por actos entre vivos.

Esta teoría no ha sido aceptada universalmente por todas las legislaciones sino que algunas de ellas siguen aplicando la teoría clásica, como lo es el caso de nuestra legislación específicamente en lo relativo al principio de indivisibilidad.

Existe una diversa concepción del patrimonio que tiene su fundamento en las Institutas de Justiniano que lo considera como el

conjunto de bienes que tiene una persona y que esta tiene el deber de desarrollar y explotar racionalmente; mientras que Tomás de Aquino en su obra Summa, sostiene que el hombre es administrador de los bienes y que éstos deben ser usados para el bienestar de la comunidad.

Sobre el patrimonio, se han elaborado dos conceptos, uno de carácter económico y el otro de carácter jurídico, el primero consiste en el conjunto de bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades en tanto que el segundo lo constituye el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valiables.

Desde el punto de vista etimológico* y político*, la palabra patrimonio tiene un significado concreto al señalar que es todo aquello que un individuo posee; sin embargo, dicho concepto no es apto para aplicarse al Derecho Penal, ya que no permite encontrar la objetividad jurídica de los tipos penales comprendidas dentro del título Vigésimo Segundo del Código Penal bajo el rubro delitos en contra de las personas en su patrimonio.

Por lo anterior sólo nos interesa el concepto de patrimonio desde el punto de vista jurídico, ya que al derecho punitivo le interesa el

* Conjunto de bienes que una persona hereda de sus ascendientes. Lo que pertenece a una persona o cosa por herencia, tradición o privilegio.

* Se llama patrimonio político el que corresponde al hombre en cuanto es miembro de una sociedad civil, la cual está constituida para el único fin de darle los bienes de la seguridad y del sentimiento de la seguridad.

sujeto pasivo de forma diferente que el sujeto activo para la configuración del delito a estudio.

Los delitos contra el patrimonio buscan tanto modificar como disminuir el patrimonio de otro.

Sebastián Soler, señala que los delitos patrimoniales no consisten en alterar el patrimonio de otro o modificarlo, sino precisamente en disminuirlo, en alterar la relación del patrimonio entre el sujeto activo y el pasivo del delito, por lo que estos delitos no sólo son contra el patrimonio sino contra la parte activa del mismo, es decir, contra los derechos del sujeto pasivo.

El Derecho Civil ha considerado al patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones de una persona susceptibles de apreciación económica comprendiendo de esta forma tanto al activo como al pasivo. Entendiéndose como patrimonio activo los bienes y los derechos, en tanto que el patrimonio pasivo lo integran las deudas y obligaciones, como ya se ha hecho referencia.

Se ha distinguido entre los derechos patrimoniales y los derechos personales, siendo los primeros económicamente valuables, alienables y transmisibles, en cambio los segundos, son indirectamente valuables, personales, inhatos a la persona, son inalienables e intransmisibles.

Maggiore, divide los derechos patrimoniales en derechos reales y en derechos personales o de crédito, en virtud de la voluntad del titular que puede disponer inmediatamente de una cosa o tenga sólo la posibilidad de exigir una prestación (dar, hacer, no hacer), de otra persona, por lo que el patrimonio lo define como la universalidad de todos los derechos patrimoniales, reales y personales.

Para el Derecho Penal, no es aplicable el concepto civilista de patrimonio, ya que la parte activa del mismo puede ser afectada por las acciones que conforman delitos patrimoniales y el valor económico del objeto del delito, como sucede específicamente en el delito de ROBO.

Quintano Ripolles, considera que la protección penal no siempre resulta más restringida que en el concepto de lo civil, en atención a la naturaleza sancionadora del ordenamiento punitivo.

La tutela penal se proyecta sobre cosas y derechos que forman el activo de la concepción civilista, alejándose por ello de la idea de patrimonio según el Derecho privado; constituyéndose el patrimonio "como aquel plexo de cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al servicio de su titular. Integran el patrimonio todas aquellas cosas que pueden ser objeto de apropiación, transformándose las cosas y los derechos en bienes patrimoniales."¹¹

¹¹ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Tomo IV, p. 11.

La denominación delitos contra el patrimonio, ha sido adoptada por aquellos autores que consideran mas adecuado su uso, por tener un contenido más amplio que el de propiedad, ya que esto lleva a comprender a ciertos delitos que no protegen dicho derecho real, sino otros diversos de la mismas naturaleza. Existen autores que defienden la denominación delitos contra la propiedad y los que estiman correcta la denominación de delitos contra el patrimonio; asimismo existen los que desechan ambas denominaciones.

Los autores que se encuentran en esta última postura, señalan que el concepto de propiedad, se usa con una connotación que comprende derechos reales como personales, comprendiendo en tales delitos en que la acción que los caracteriza no atenta contra el bien jurídico de la propiedad, es decir, no suponen un ataque a la propiedad, sino a otros derecho, inclusive sucede que el objeto esta constituido por derechos personales, como son los de crédito y no un derecho real.

Cuello Calón, expresa que la terminología delitos contra la propiedad, es inexacta, ya que los delitos comprendidos en este rubro no atentan exclusivamente contra el derecho de propiedad sino también respecto de otros, como el de posesión, aunque argumenta que la expresión propiedad, debe entenderse en un amplio sentido, comprendiendo los delitos que integran el patrimonio.

Para el autor Francisco González de la Vega, es deficiente la denominación Delitos contra la propiedad, en virtud de que no se realizan contra una simple institución jurídica abstracta, la propiedad, sino se vierten concretamente en contra de las personas, lesionando sus derechos patrimoniales.

El Código Penal de 1931,* utiliza el termino Delitos en contra de las personas en su patrimonio, ya que las personas tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de tales delitos, y hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino la salvaguardia jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona. Aduce que los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que puedan ser estimables en dinero, es decir, que formen su activo patrimonial.

Jiménez Huerta, expresa que no es la acepción civilista la que impera en la idea de patrimonio acogida por la ley penal, pues el término patrimonio, tiene en Derecho Penal un sentido diverso y más amplio que en el Derecho privado, ya que la tutela penal se proyecta sobre las cosas y derechos que integran el activo del patrimonio y además sobre cosas que carecen de valor económico. El artículo 371 del Código Penal, señala expresamente la pena imponible cuando por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero, la cosa robada.

* El Código Penal vigente, siguiendo la corriente moderna, ha cambiado la terminología usada por los Códigos de 1871 y 1929 de "Delitos contra la propiedad" para adoptar el término "Delitos en contra de las personas en su patrimonio".

Mezger, clasifica los delitos patrimoniales en dos grupos:

A) Aquellos que incluyen conductas que se dirigen contra determinados derechos particulares o que presuponen una ofensa localizada, como lo ocurre en el robo.

B) Aquellos que contemplan otras acciones que se dirigen contra el patrimonio en conjunto, es decir, contra cualquier elemento del mismo no especificado en el tipo legal, como lo sería en el delito de fraude.

2.1.2 Teoría del patrimonio en el Derecho Penal.

El patrimonio, en cualquiera de las formas de circunscribirlo, ya fuere sólo a nivel jurídico, o dentro el marco económico, o así como también, independientemente de su concepción civilista, cuando su concepto se requiere para los efectos penales, adopta una connotación con rasgos diferentes, especiales para esta rama del derecho. El Derecho Penal, por su propia naturaleza, puede otorgarle un significado sui generis, de ahí que surga en el Derecho Penal la teoría del patrimonio, misma que tiene dos vertientes, que son:

Teoría de la identidad.

Señala que la identidad de las nociones del Derecho Penal como del Derecho civil, reconoce carácter exclusivamente sancionador al

Derecho Represivo, así como por ser creador de normas mediante la determinación de los hechos punibles.

Teoría de la autonomía.

Esta teoría es la más admitible, no sólo por aceptar la concepción sancionadora del Derecho Penal, sino porque no siempre es posible transferir los conceptos civiles a la esfera del Derecho punitivo, ya que ambas ramas del Derecho persiguen fines diferentes.

En los Códigos Mexicanos de 1871 y 1929, se utilizó la terminología de delitos contra la propiedad, mientras que en el Código de 1931, se utilizó el término de delitos en contra de las personas en su patrimonio, los cuales tiene como características comunes que el delito recae siempre sobre un bien, el autor es movido por una intención específica; contemplando de esta forma el delito de ROBO, en su capítulo I, artículos 367 a 381 bis.

El titular del bien jurídico protegido en este tipo de delitos (patrimonio), puede ser tanto la persona física como la persona moral de Derecho privado o de Derecho público, exceptuándose aquellas situaciones en que una cualidad personal del sujeto activo engendra una modalidad típica. Verbigracia: persona encargada de servicio público.

Los bienes patrimoniales tutelados penalmente pueden consistir en cosas, es decir, bienes patrimoniales reales, o en derechos a

determinadas acciones u omisiones (bienes patrimoniales personales). Estos bienes están protegidos penalísticamente en su calidad de derechos subjetivos, en cuanto la conducta antijurídica que los lesiona se efectúa sin la voluntad de su titular.

El daño patrimonial es nota conceptual que caracteriza todos los delitos patrimoniales, pero hay quiénes equiparan los conceptos de daño patrimonial y daño económico, siendo que dentro del daño económico, entran también las lesiones a las cosas desprovistas de valor de cambio, como lo son las que sólo tienen un puro valor de afección.

El daño patrimonial puede ser afectivo o potencial, y por lo tanto se pueden configurar los delitos patrimoniales de lesión y los de peligro. (tentativa).

2.2 Clasificación del delito.

Dentro del estudio del delito, se manifiesta una preocupación, por querer explicar al delito de manera sencilla y plena. De esta forma es como surge la clasificación del delito, partiendo de la idea de que el delito es indivisible, en base a ello se tiene:

a).- En función a su gravedad.- en virtud de que el delito a estudio lesiona el objeto jurídico tutelado por la ley penal, que en el presente caso lo es el patrimonio, además de que viola las relaciones sociales de las personas al vivir en sociedad; por lo que este delito se persigue de

oficio* y será sancionable por el Juez que este conociendo del mismo, en caso de la posible comisión de dicho delito.

b).- Según la conducta del agente.- que en el delito a estudio, lo constituye una conducta en forma de acción, a través de movimientos corporales voluntarios dirigidos a la obtención de un resultado, es decir, el probable responsable o penalmente responsable de la comisión del delito de ROBO, regulado en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente, (según el caso), ejecutará actos positivos para la perpetración del mismo.

c).- Por el resultado.- es un delito de resultado material, en virtud de que para su configuración es necesario que se verifique un cambio o mutación en el mundo exterior, de carácter económico; tal y como nos lo menciona el maestro Celestino Porte Petit, al señalar: "El robo es, como se ha dicho al estudiar el elemento material de este delito, un delito material y no formal, porque hay indudablemente un resultado material, un mutamiento en el mundo exterior, de carácter económico." ¹²

d).- Por el daño.- es un delito de lesión, ya que causa una disminución en el patrimonio de los sujetos pasivos, violando de esta forma el bien jurídicamente tutelado por el Derecho Penal. (patrimonio). Maurach, señala: El hurto, en cuanto se dirige contra la detentación, es un delito de lesión, y en cuanto representa un ataque a la propiedad,

* A excepción del ROBO DE USO, previsto en el artículo 380 del Código Penal y los casos regulados por el artículo 399 bis del citado cuerpo de leyes.

¹² Celestino Porte Petit Candaudap, Robo Simple, p. 22.

constituye, ya que la sustracción de la cosa no produce la pérdida de la propiedad, un puro delito de peligro.

e).- Por su duración.- el delito a estudio es instantáneo, ya que su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

f).- Por su elemento subjetivo.- DOLO, en virtud de que el agente tiene toda la intención de robar algún bien, es decir, apropiarse del mismo, originándose con ello, el resultado prohibido por la ley al llevar a cabo la descripción típica del delito de ROBO, previsto en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente.

g).- Por su estructura.- es simple ya que sólo causa una lesión jurídica.

h).- Por el número de actos.- este delito es unisubsistente, porque el tipo penal no establece o exige la comisión mediante dos o más actos, es decir, es suficiente un sólo hecho para la configuración del mismo.

i).- Por el número de sujetos es plurisubjetivo.- ya que para que se integre el delito de robo previsto en el artículo 371 párrafo tercero, del Código Penal vigente, es necesario que se acredite el número de sujetos participantes en el mismo, es decir, Cuando el robo sea cometido por más de dos sujetos, siendo que esto no sucede en todos los casos de robo, existiendo a este respecto las excepciones contenidas en los artículos 380 y 399 bis del Código Penal.

j).- Por su forma de persecución.- es exclusivamente perseguible de oficio, ya que se persigue aún en contra de la voluntad del sujeto pasivo; la autoridad tiene la obligación de castigar a los responsables del delito de robo a estudio, sin que medie petición del ofendido.

k).- En función de su materia.- puede ser:

-- Federal.- ya que se encuentra regulado en un ordenamiento federal. (Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal).

-- Común.- cuando el delito sea cometido dentro de la jurisdicción local, sometiéndose al ordenamiento penal de este mismo tipo, ya sea en el Distrito Federal o en la Entidades Federativas.

El delito a estudio es de competencia común, salvo que se lesione el interés de la Federación, el cual se encontrará regulado en el Código Penal Federal.

2.3 El Tipo Penal.

Tipo Penal.- Es la descripción legislativa o abstracción concreta que da el legislador empleando las palabras que considere adecuadas, en su intención de definir los hechos contrarios a la ley.*

* El tipo penal tiene un carácter descriptivo, pero esto no quiere decir que sea únicamente una descripción externa, ya que siempre que estemos describiendo una conducta humana habrá de tomarse en cuenta el elemento subjetivo.

La norma regula la conducta de los sujetos en una sociedad y es el hecho del que cuando ésta transgrede o viola la norma de carácter legal, aparece la conducta delictiva o el delito, conductas que se encuentran debidamente descritas; dichas descripciones que se refieren a lo que es un delito, configuran o constituyen al TIPO PENAL.

El vocablo TIPO, es la descripción que realiza el legislador de lo que es un delito y cuando un sujeto realiza la conducta de un determinado delito, se puede hablar de tipicidad.

El autor alemán Ernesto Beling, fue el primero en utilizar como elemento esencial del delito la descripción del mismo (TATBESTAND); antes de esta definición el vocablo TATBESTAND, era considerado como sinónimo de delito.*

2.3.1 Elementos del delito.

Se puede entender por elementos (del latín elementum), a la parte integrante de algo; cualquier pieza o parte de una estructura; desde el punto de vista jurídico penal es todo aquel componente indispensable para la existencia del delito.

Mir Puig señala que los elementos generales son tres:

a).- la acción.- es aquella conducta externa voluntaria por la cual el sujeto manifiesta su conducta ilícita.

* TATBESTAND, cuyo significado es "supuesto de hecho".

b).- los sujetos del tipo penal son:

El sujeto activo.- es el que lleva a cabo la conducta descrita en el tipo.

El sujeto pasivo; es decir, sobre el cual recae la conducta del sujeto activo, y

El Estado, el cual es llamado a reaccionar con la aplicación de una pena.

c).- el objeto.

Diversos autores desatacan la importancia de estos tres sujetos, ya que describen la relación que existe entre sí, ya que cada uno de ellas espera ciertas expectativas de los otros dos, por ejemplo el Estado espera con la amenaza de la pena que el sujeto activo se abstenga de realizar un hecho comisivo, por su parte, el activo está consciente que el Estado lo perseguirá y castigará por la comisión del mismo, en cambio el sujeto pasivo confía en que la punición del delito cometido haga desistir a los posibles activos de la perpetración de un evento delictivo.

El objeto, es otro elemento importante del delito,* ya que puede distinguirse entre el objeto material y el objeto jurídico. El primero lo constituye la persona o cosa determinada en la cual recae materialmente la acción, mientras que el objeto jurídico es el bien protegido por la ley penal, que en el delito a estudio lo sería el

* El elemento objetivo, se identificará con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida por el tipo penal. Es un término tomado del lenguaje cotidiano que describe objetos del mundo real.

patrimonio, por lo que suele suceder que el objeto material sea el mismo que el objeto jurídico, pero el bien jurídicamente tutelado no recae siempre sobre el objeto material.

Por lo anterior es importante mencionar que el delito se compone de elementos esenciales, accesorios, accidentales o circunstancias, siendo los primeros aquellos que son indispensables para constituir el delito, en cambio los segundos no son necesarios para la integración del mismo.

Los esenciales se dividen en:

a).- genéricos o generales: son los elementos indispensables para integrar el delito en general. Anteriormente se consideraban como elementos esenciales del delito: la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad, sin embargo, en la actualidad son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

b).- específicos.- son aquellos que serán requeridos en las figuras delictivas en particular, los cuales sirven para diferenciar un delito de otro, aunque si faltara alguno de estos, tampoco se integraría el delito.

c).- accesorios, accidentales o circunstancias.- son aquellos que no son esenciales para la integración o existencia del delito, teniendo como función la de atenuar o agravar la penalidad del mismo. V.G. aquellas contenidas en el Código Penal, específicamente en su artículo

51 y 52 (del arbitrio judicial), las cuales atenúan o agravan la pena y las contenidas en el Código Represivo, en cuanto al delito en particular a estudio; que en el presente caso lo constituye la violencia física o moral que agrava la penalidad del delito de robo.

2.3.2 Clasificación en orden al tipo.

1.- *Tipo básico, fundamental o simple.*- es aquel que representa la forma básica del tipo delictivo, sirve de fundamento o de base de creación a otros tipos penales. Contiene los presupuestos de la punibilidad que dan al delito su carácter típico y determina su contenido de injusto.*

2.- *Tipo complementado.*- son aquellos en que al tipo básico se le suman otros, elementos los cuales resultan esenciales para que se dé este tipo, es decir cuando a partir de un delito base y mediante la adición de elementos se forman nuevo tipos penales que aparecen como especiales modalidades de aquel delito base.

Estos tipos a su vez se dividen en:

- a) tipos complementados cualificados.- es cuando la circunstancia que se agrega al tipo básico agrava la penalidad, y
- b) tipos complementados privilegiados.- son aquellos consistentes en que cuando la circunstancia que se agrega al tipo básico atenúa la

* La lesión de un solo bien jurídico lo convierte en tipo simple, a diferencia del complejo, en el cual se lesionan varios bienes jurídicos.

penalidad, es decir, la disminuye con relación al tipo básico; la sanción es menor que la que le corresponde al tipo básico.

3.- tipo especial.- son aquellos tipos en que se forman nuevas características al tipo fundamental, es decir, éste se forma del contenido del tipo fundamental mas una circunstancia, pero en este caso ambas se encuentran fusionadas.*

Estos se subdividen en:

- a).- tipo especial cualificado: aquel en donde tal circunstancia que se encuentra fusionada al delito básico agrava la penalidad.
- b).- tipo especial privilegiado: contrario al anterior, ya que en el mismo la circunstancia fusionada al tipo fundamental atenúa la penalidad.

Advirtiéndose de lo anterior que en el tipo penal básico o fundamental se reglamentan conductas consideradas prohibidas por el Derecho Penal, en cambio la circunstancia no reglamenta ningún tipo de acción u omisión, sino que sólo agrava la penalidad del delito simple.

2.3.2.1 Clases de tipo.

Existe diferencia entre los criterios de diversos autores con respecto a la clasificación de los tipos penales, por lo que es conveniente estudiarlos desde diferentes puntos de vista:

* Como sucede en el caso a estudio, toda vez que al contemplar en su descripción legal nuevos elementos como son: cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima, da origen a un tipo penal autónomo.

Desde el punto de vista de la conducta del sujeto:

a).- de mera actividad.- aquellos en que no se requiere para su integración de un resultado material, basta la simple acción u omisión del activo para que se configure el delito.

b).- de resultado.- aquellos en que necesariamente se exige la materialización del daño, éstos a su vez se subdividen en: instantáneos, permanentes y continuados.

c).- por los elementos que lo conforman:

-- normales.- cuando los elementos que lo configuran son objetivos.

-- anormales.- cuando los elementos que integran al delito contienen tiene aspectos subjetivos.*

d).- por su relación:

a).- autónomos o independientes.- cuando los tipos existen por sí mismos, y no requieren de otros para su configuración.

b).- subordinados.- aquellos que necesariamente necesitan de otros tipos para poder subsistir.

e).- por los medios para conformarse:

--- amplios o de formulación libre.- los que no describen una forma concreta y exacta para manifestarse, se pueden cometer por diversidad de medios.

--- casuísticos: cuando el tipo necesariamente señala la forma en que pueden cometerse.

f).- en relación el bien jurídico protegido:

--- de lesión.- cuando el bien jurídicamente protegido sufre una disminución.

* El robo es un tipo anormal, por cuanto no sólo contiene elementos objetivos, sino además los elementos normativos "sin derecho y sin consentimiento".

--- de peligro.- cuando el delito no produce un cambio o daño en el mundo exterior.

2.4 Concepto de Robo.

El delito de **ROBO**, es el delito patrimonial más frecuente de realización de todos los comprendidos bajo ese rubro, debido a su simplicidad ejecutiva y su diversidad de formas de ejecución.

Según el artículo 367 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se entiende por **ROBO**.- el apoderamiento de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

ROBO, es el apoderamiento de una cosa ajena, la usurpación de la posesión verdadera, con sus elementos simultáneos y concomitantes de *CORPUS ANIMUNS*.*

Su concepto legal no excluye el de la entrega, siempre que ésta se verifique sin el consentimiento voluntario del dueño, puesto que el apoderamiento y la entrega no son conceptos antagónicos o excluyentes.

* La denominación **ROBO**, que da individualidad en nuestro derecho al apoderamiento ilícito de cosas muebles ajenas, fue adoptada desde el Código penal de 1871, desechando la distinción recogida en los códigos españoles de 1828 y 1870 respecto al hurto y al robo, infracciones que se distinguen en razón de los medios empleados para lograr el apoderamiento del objeto del delito, pues mientras en el hurto se toman las cosas muebles ajenas, sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, en el robo el apoderamiento de ellas se verifica con violencia o intimidación en las personas o empleando la fuerza en las cosas.

Considerando el concepto que el Derecho Penal nos da del delito de ROBO y que se puede llevar a cabo la obtención de la cosa por medio de la *vis moral* (violencia moral), así como la hipótesis de cuando el sujeto tiene la cosa en su poder por virtud de una detentación subordinada y se apropia de ella, podemos indicar que se pueden presentar tres casos:

A).- Cuando el sujeto se apodera de la cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

B).- Cuando teniendo sobre la misma una detentación subordinada y no una posesión derivada, se apropia de ella, y

C).- Cuando el sujeto activo obtiene del pasivo la cosa por medio de la *vis moral*.

2.5 Tipicidad.

Es un elemento esencial general, ya que sin él no existiría delito, es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. Habrá tipicidad en el robo cuando la conducta encuentra perfecto encuadramiento o adecuación al tipo descrito en el artículo 371 párrafo primero del Código Penal vigente.

La tipicidad es “la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracciones.”¹³

En tanto que otro autor consideró que la “adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias.”¹⁴

El delito es una acción típica, antijurídica y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal; en tanto que los elementos del delito son aquellos requisitos que conforman un todo y los cuales son indispensables para que se de la tipicidad y entre ellos se encuentran:

2.5.1 Conducta.

Es aquella manifestación de la voluntad, movimiento corporal voluntario dirigido a la obtención de un resultado, que se hizo patente en forma de acción, consistente en el delito a estudio el apoderamiento que realizan los sujetos activos de una cosa ajena mueble.

La conducta es el primer elemento objetivo del delito, en el cual es conveniente distinguir si se constituye como pura actividad voluntaria del autor, sobre un hecho material conformado no sólo por

¹³ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 744.

¹⁴ Mariano Jiménez Huerta, La tipicidad, p. 207.

la conducta sino también con el resultado material y el nexo de causalidad entre aquéllas y éste, un hecho material conformado. La acción típica en el robo está expresada en la ley con el término de apoderamiento.

“El verbo apoderarse, supone algo más que tomar la cosa y aún trasladarla; supone que el autor se proponga hacer suya la cosa y correlativamente, desposeer de ella a la víctima.”¹⁵

Según la teoría, el robo se perfecciona por el sólo hecho de que el sujeto activo o que la cosa; situación que en la actualidad es insostenible ya que el sólo hecho de tocar la cosa no implica un apoderamiento de la misma, en la inteligencia de que no se quebranta la posesión o poder de hecho que sobre la cosa tiene el sujeto pasivo.

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

Hay que distinguir, en orden a la integración de la conducta típica del robo, el apoderamiento por remoción y el apoderamiento por sustracción. Dentro del concepto de apoderamiento no sólo quedan comprendidos los casos en que el activo toma la cosa del lugar en que se halla o huye con ella aprovechando la ocasión de mantener con la misma un contacto físico, sino también aquellos en que el ofendido la

¹⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, Delitos contra el patrimonio, p. 38.

entrega debido al amago o amenaza que el ladrón le hace de inferirle un mal grave, presente inmediato, capaz de intimidarlo.

No basta para integrar el elemento típico del apoderamiento, la simple remoción o desplazamiento de la misma, ya que para la integración de éste es indispensable que la remoción de la cosa se efectúe por el sujeto activo con el fin de apropiársela es decir, de hacerse dueño de ella de propia autoridad.

2.5.1.1 Clasificación del delito en orden a la conducta.

El delito de ROBO, es un delito de acción, en virtud de que la misma se acredita con el elemento apoderamiento, es decir, forzosamente se determina con un actuar voluntario, del sujeto activo, al realizar un movimiento corporal consistente en traer la cosa al poder del agente, el verbo apoderarse, supone una actividad voluntaria del sujeto activo.

Otra forma de conducta es la omisión, pero en el delito a estudio como es de resultado material éste debe ser cometido mediante la forma de comisión por omisión, es decir, cuando se tiene una detentación subordinada, o sea, cuando la cosa esta subordinadamente bajo la vigilancia del ofendido, y el agente del delito se niega a entregarla, sin embargo en este caso no existe el elemento apoderamiento, pero como tal sujeto se quedó con la cosa ajena que tenía en detentación, se le puede atribuir un resultado consistente en el perjuicio patrimonial del ofendido, siendo que en el delito a estudio (ROBO 371, párrafo tercero); requiere del medio comisivo (violencia

física o moral, asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja). Para su integración, por lo que no es posible que este delito se realice por omisión.

Es un delito unisubsistente o plurisubsistente.- ya que con un sólo acto o varios actos, estos últimos que se dan en un sólo contexto de acción, se comete el delito, pudiendo acontecer en un caso concreto el concurso ideal o real de delitos.*

Por cuanto hace a la consumación del mismo, es procedente señalar que éste se actualiza si se realiza la conducta típica del apoderamiento, vulnerándose así el bien jurídico del patrimonio, al sustraer el inculpado el objeto material del ilícito y colocarlo bajo su poder de acción, sin que sea trascendente el hecho de que el activo no logre sacar el bien materia del robo del local o lugar donde se encuentra el ofendido, dado que en esto en última instancia, tendría significado en cuanto al agotamiento del delito, por el logro de la finalidad del delincuente, más no para su consumación, la cual ocurre desde el momento en que el activo toma el objeto, ya que con ese hecho lesione el bien jurídico protegido, en razón de que el ofendido disponía del bien y al momento de la realización del delito sale de su esfera de disposición.

* Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Para la integración del robo no se requiere que la tenencia del objeto del delito sea legítima, sino que basta que resulte ilegítimo el apoderamiento, por parte de quien lo realiza, es de que la cosa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, por lo que es necesario determinar cuando se realiza tal quebrantamiento de la posesión quedando la cosa en poder del agente.

2.5.1.2 Teorías acerca de la consumación del delito de robo.

Al respecto existen cuatro teorías para determinar el momento consumativo en el robo, que son:

Teoría de la contractatio o del tocamiento.

Señala que el robo se consuma apenas el ladrón toca la cosa ajena mueble, es decir, cuando hay aprehensión de ella.

Para el autor Frias Caballero, el robo exige el desplazamiento o traslado material, ya no de la cosa sino de su disponibilidad física, es decir, la posibilidad de ejercitar sobre ella actos dispositivos o de disposición material; implica el hecho de excluir a quien tenía la cosa de su poder sobre ella.

El robo queda consumado desde que el culpable toma la cosa, quedando está a su disposición, aunque sea por breves momentos, siendo esta teoría indiferente para determinar el momento

consumativo del robo que el autor se aproveche de las cosas sustraídas.

Esta teoría se encuentra justificada en el Derecho romano por la inexistencia de la anotación de la tentativa, por lo que en la actualidad resulta fuera de la realidad el anticipar la consumación a un acto que, por sí mismo no perfecciona materialmente el delito; por lo que a esta teoría sólo se le otorga un relativo valor histórico.

Teoría de la amotio.

Esta consiste en que la acción material del hurto en la amotio de la cosa ajena, (la remoción del lugar donde se encuentra), requiere que el resultado sea consecutivo a la acción del ladrón, de que la cosa sea removida de un lugar a otro.

“El acto consumativo no radica en llevar la mano sobre la cosa ajena sino en la consecuencia de la acción, la cual constituye el resultado en el delito, esto es, la remoción de la cosa de un lugar a otro, integrante de la violación del derecho de posesión.”¹⁶

Teoría de la ablatio o sustracción.

Para algunos autores, esta teoría viene a completar la teoría anterior, por considerarse que esta era insuficiente por no determinar el lugar de la remoción, exigiéndose que la cosa fuera quitada a su poseedor.

¹⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, *op.cit* p. 36.

Deben distinguirse dos momentos en la remoción de la cosa:

a) la aprehensión de ella, y

b) su traslado del lugar en que se hallaba a otro diverso, resultando que sólo puede configurarse la ablatio o sustracción cuando se satisfagan tales elementos de ella.

La esfera de custodia, "es un concepto jurídico no solamente referido a la cosa o al lugar de depósito, sino que encierra la posibilidad de ser determinado en cada situación y de acuerdo con las reales relaciones objetivas."¹⁷

La doctrina de la ablatio, es una variante de la teoría de la amotio, en cuanto agrega a la existencia de la remoción de la cosa, el que ésta implique su traslado fuera del lugar de la aprehensión o de la esfera de custodia.

La expresión apropiarse, significa equivalentemente a la adquisición de hecho de un poder de uso, goce y disposición de la cosa, sólo se da íntegramente cuando la cosa sale de la esfera de custodia del titular.

Teoría de la illatio.

Esta teoría estima consumado el delito cuando el agente ha trasladado la cosa objeto de la aprehensión al lugar que previamente le tenía designado, poniéndola en seguridad.

¹⁷ Ibid p. 37.

González de la Vega, afirma que se dará por consumado el robo en el momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aún en los casos en que el activo por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar de donde la tomó, o que en el caso de ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desapoderado del objeto del apoderamiento. Argumento este último que se ve corroborado con los siguientes criterios jurisprudenciales:

ROBO, CONSUMACIÓN DEL. El delito de robo se consuma desde el momento en que el sujeto activo se apodera de una cosa ajena, sin consentimiento de su propietario, aún cuando después la abandone o lo desapoderen de ella.

Sexta Época. Segunda Parte:

Vol. XII, Pág. 83. A.D. 790/55. Pedro Sánchez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXX. Pág. 80 A.D. 5862/67. Roberto Chaparro Quintana. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXXIX. Pág. 100 A.D. 2246/60. Manuel Moreno Torres. Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXIOV, Pág. 27 A.D. 3097/62. J. Cruz Noriega Sarabia. Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXIV, Pág. 27. A.D.5558/62. Jesús Medina López. Unanimidad de 4 votos.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (1917-1985) 2º Parte. Pp. 534-533.

ROBO. CONSUMACIÓN DEL ILÍCITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 del Código Penal, para el Estado de México, el ilícito de robo se consuma a partir de que el sujeto activo atacó el bien jurídico tutelado por el mismo, esto es, que se apoderó de una cosa sin el consentimiento de quien pudiera disponer de ella conforme a la ley, independientemente de que después la abandone o sea desapoderado de la misma.

Semanario Judicial de la Federal, Octava Época, Tomo VII, Junio 1991, Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Pág. 417.

ROBO, APODERAMIENTO COMO CONSUMACIÓN DEL. - El delito de robo no queda en grado de tentativa, sino que llega a la consumación, si se realiza la conducta típica de apoderamiento, la cual implica, en cuanto al sujeto pasivo, desapoderamiento vulnerándose así el bien jurídico del patrimonio, al sustraer el inculpado el objeto material del ilícito y colocarlo bajo su poder de hecho; sin que sea relevante la circunstancia de que el sujeto activo no logre saçar el bien material del robo del local del ofendido, dado que ello, en última instancia, tendría significado en cuanto al agotamiento del delito, por el logro de la finalidad del acusado, pero es intrascendente en orden a la consumación, misma que ocurre desde el momento en que el sujeto activo toma el objeto, pues desde ese instante se ataca al bien jurídico tutelado en razón de que el ofendido, en la hipótesis de querer disponer del bien, no puede hacerlo, por haber salido de su esfera de disposición.

Semanario Judicial de la Federación.

Séptima Época, Segunda Parte: Vols. 157-162, Pág. 107 A.D.
Fernando Escalona Bello. Unanimidad de 4 votos.

2.5.2 El resultado.

Para que exista este delito debe haber un cambio en las condiciones del mundo exterior, es decir, una mutación del mundo exterior el cual se entiende como la alteración del orden normativo, de carácter material consistente en: la lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal, al afectarse la esfera patrimonial del pasivo y al extraerse los objetos, materia del apoderamiento.

Clasificación del delito en orden al resultado.

El delito a estudio es un delito de resultado material, ya que necesita para su integración un cambio en el mundo exterior de carácter económico, ya que al momento de apoderarse de cosas ajenas muebles, sin derecho y sin consentimiento, de la persona que con arreglo a la ley pueda disponer de ella, los sujetos activos (tal y como lo exige el tipo a estudio, dos o más sujetos), mediante los medios indicados en el artículo párrafo tercero del Código Penal vigente, producen una disminución en el patrimonio del sujeto pasivo.

Es un delito instantáneo ya que una vez que se integran sus elementos constitutivos, en ese mismo momento se consuma el delito en análisis.*

* De acuerdo a los artículos 7 y 369 del Código Penal vigente.

Es un delito de lesión o daño, toda vez que el bien jurídico protegido en este ilícito lo configura el patrimonio, por lo que al verse disminuido por el apoderamiento ilegítimo por parte del sujeto activo, utilizando como medios comisivos la violencia física o moral, asechanza o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de la víctima, sufre una afectación.

Clases de resultado material.

En determinados tipos el resultado material puede ser de carácter fáctico o material, aunque tomando en cuenta que en el presente caso la conducta del sujeto activo es el apoderamiento de cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que con arreglo a la ley pueda disponer de ella, produce como resultado una disminución en el patrimonio del ofendido y un aumento en el patrimonio del sujeto activo, por lo que el resultado se considerará material de carácter meramente económico.

2.5.3 Nexo causal.

Esto es la relación de causa a efecto entre la conducta y el resultado, al observarse que de no haber desplegado la primera el sujeto activo, es decir, si no se hubiesen apoderado del objeto u objetos sin derecho y sin consentimiento de la persona facultada para darlo, no se hubiera producido el resultado prohibido por la ley, es decir, la afectación al patrimonio del pasivo, sea persona física o moral, como se dijo.

De acuerdo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, habrá nexo causal entre la acción y el resultado, si la acción realizada fue la causa que dio origen al resultado, que en el caso a estudio éste se integra al realizar el sujeto la conducta consistente en el apoderamiento de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que con arreglo a la ley pueda disponer de ella, produciéndose la disminución en el patrimonio del sujeto pasivo.

El bien jurídico tutelado por la ley, se debe encontrar dentro de la esfera de protección de la norma penal, esto es, que el bien jurídico tutelado deberá estar en la esfera de protección del tipo penal (artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente), y por consecuencia ese bien jurídico tutelado está dentro del ámbito de protección de la norma en relación a la conducta que llevaron a cabo los sujetos activos.

2.5.4 La intervención.

En este delito, la intervención del activo del delito, se acredita en términos del artículo 13 fracción III del Código Penal, que se da a título de coautor material, con pleno dominio del hecho, puesto que los activos pueden impedir, modificar, continuar o suspender la conducta ilícita de este delito, por lo que forzosamente debe actualizarse como coautoría, ya que uno de los elementos del tipo a estudio es cuando se cometa por dos o más sujetos..., no actualizándose así la intervención del autor del delito como realizador por sí. En este ilícito se puede

actuar como autor mediato, partícipes (Verbigracia. actuando como instigadores) y como cómplices.

2.5.5 El bien jurídico protegido*.

El delito en análisis, se encuentra regulado en el capítulo de los delitos denominados delitos en contra de las personas en su patrimonio, por lo que tutela el patrimonio de las personas.

Algunos tratadistas se inclinan por aceptar que el interés jurídico que específicamente se protege al tipificar el robo es la posesión y no la propiedad, incluso se ha llegado a firmar que no interesa que la posesión sea legítima, ilegítima, viciada, clandestina, precaria o en nombre de otro; lo que interesa proteger al Derecho Penal es la posesión de manera directa e indirectamente a la propiedad. No es necesario para su configuración que se acredite la propiedad del bien robado sino la ajeneidad de éste, ya que tratándose de este delito, resulta intrascendente que el ofendido no demuestre en forma alguna la propiedad del bien objeto del apoderamiento, si queda probado como verdad legal que existió el apoderamiento por parte del inculpado de un bien mueble ajeno, sin consentimiento del dueño o de la persona que podría disponer del propio bien con arreglo a la ley.

* Según Muñoz Conde, el bien jurídico tutelado es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

2.5.6 Elemento subjetivo dolo.

El dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. El ámbito subjetivo en este delito queda acreditado en forma dolosa, ya que si se toma en cuenta en un caso concreto la mecánica de los hechos, se puede deducir que los activos, al igual que el común de las personas tuvieron el conocimiento de la prohibición de que impide apoderarse de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de las personas legalmente facultadas para darlo y no obstante de ello quisieren el resultado al llevar a cabo la descripción típica del delito de ROBO.

Clases de dolo.

Para Cuello Calón, el dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.

El artículo 9 del Código Penal vigente establece: 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.

Por lo que de este artículo se puede desprender que el ordenamiento citado regula únicamente el dolo directo* y el eventual, los cuales tienen dos elementos que son:

* Hay dolo directo cuando se quiere la conducta o el resultado, es decir, el dolo se caracteriza en querer el resultado. si el delito es material, y en querer la conducta, si es delito formal.

-- elemento intelectual o cognoscitivo.- este se presenta cuando los activos conocen que se apoderan de cosas muebles, sin derecho y sin consentimiento de la persona que con arreglo a la ley puede disponer de ellas, deduciéndose que estos objetos no les pertenecen, a los activos, utilizando la violencia (física o moral), asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto activo o ponga en condiciones de desventaja al pasivo.

-- elemento afectivo o volitivo.- se presenta cuando conociendo los elementos objetivos del tipo penal quien llevarlos a cabo, es decir, cuando los activos además 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, quieran llevar a cabo ese comportamiento prohibido, que va a ser la forma en como se realizará el delito a estudio.

El dolo eventual,* no se presenta en el delito a estudio, ya que se actualiza cuando los activos realizan algún comportamiento que lesiona bienes jurídicos de terceros.

El delito que se analiza es eminentemente doloso, ya que no puede cometerse culposamente, en virtud de que los activos al momento de actuar con el ánimo de apoderamiento y con el ánimo de dominio respecto de la cosa de que se apodera, no es posible que se de sin el conocimiento del carácter ajeno de la cosa, además de que se

* En el dolo eventual hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado sino se acepta en caso de que se produzca.

requiere medios específicos que pongan en condiciones de desventaja o debiliten la defensa de la víctima.

2.5.6.1 Elemento subjetivo distinto al dolo.

Exigido por el tipo y que lo constituye: El *animus rem sibi habendi o animus domini*, que consiste en la voluntad y conciencia del agente de perpetrar el apoderamiento con la intención de ejercer sobre las cosas, los derechos que corresponden a los propietarios, gozando y disponiendo de ellos.

Los sujetos activos no sólo deben conocer que utilizándo alguna circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo o lo pongan en condiciones de desventaja, se apoderan de una cosa ajena, mueble, sin derecho y 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, es decir hacerse dueño de ella.

Este delito es uno de los delitos 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

2.5.7 Los medios utilizados.

El párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, establece que para llevar a cabo la conducta del ilícito de robo, se deben utilizar, la violencia (física o moral), asechanza o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la pongan en condiciones de desventaja.

La violencia.

El concepto de violencia se encuentra regulado en el artículo 373 del Código Penal vigente, la cual se divide en física y moral, entendiéndose por la primera como la fuerza material que para cometerlos se hace a una persona; respecto de la violencia moral, ésta se presenta cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave presente o inmediato, capaz de intimidarlo.*

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

En este caso se lesionan tres derechos, que son: el patrimonio, el derecho de libertad individual y hasta algunas veces el de integridad

* Tanto en la violencia física como en la moral, se constriñe, no solamente la libertad de querer y de autodeterminación, sino también la libertad de obrar.

de las personas, por lo que dichas conductas ofenden los ideales o valores de la colectividad, pues el hecho de que se recurra a la violencia o la amenaza como medio para desapoderar a las personas de sus bienes, engendra una profunda inseguridad.

No es necesario que la fuerza material sea irresistible, es decir, que reduzca a una total y completa impotencia a la persona sobre la que se ejerce; basta que disminuya, aunque sólo fuere en parte, su libertad de movimientos, pues el empleo de la mínima fuerza material, además de dificultar físicamente la reacción de la víctima para defender o recuperar la cosa, tiene un enorme poder intimidante, además de que resulta lógico que quien la sufre piense en la intensidad de los males que la esperan en caso de que intente resistir la fuerza material que sobre ella se hace.

En cuanto a la violencia moral surge la controversia de que cuándo el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato, capaz de intimidarlo. Se entiende por amenaza o amago, quien para ejecutar el robo da a entender, con actos, palabras o ademanes al sujeto pasivo o a la persona que se halle en su compañía, que le inferirá un mal si opone resistencia, así como también quien después de consumado el robo diere a entender a cualquier persona, de inferirle un mal si obstaculiza su fuga o intenta recuperar lo robado.

La violencia moral sólo califica el robo cuando en el mal con que se amaga o amenaza concurren estas circunstancias: a) que sea

grave: b) presente o inmediato; y c) capaz de intimidar a la persona amenazada.

Es grave aquello que reviste mucha entidad o importancia y aplicado el concepto al delito a estudio, es grave aquel mal que amenaza con privar de la vida o con inferir alguna lesión corporal, toda vez que dada su magnitud, son idóneos para enervar o destruir la libertad de las personas.

“Es presente o inmediato, el mal que amaga o amenaza en cualquier instante del proceso ejecutivo o en un momento posterior al consumativo, siempre que no hubiere habido solución de continuidad, esto es, sin que el ladrón hubiere logrado huir u ocultar lo robado.”¹⁸

El mal que a otro amenaza ha de ser capaz de intimidarlo, esto significa que ha de hacer surgir en el amenazado la representación de un peligro que coarte su libre voluntad, no es necesario que se demuestre objetivamente que el mal era real y cierto, basta que tenga la suficiente apariencia objetiva para intimidar.

El amago o la amenaza constitutivos de la violencia moral que califica el delito de robo, no puede integrar el delito de amenazas que describe el artículo 282 del Código Penal vigente, pues si bien es cierto que el artículo 373, en su último párrafo establece que si la violencia constituye otro delito, se aplicaran las reglas de la acumulación, ya

¹⁸ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Tomo IV, p. 66.

que en este caso se estaría recalificando la conducta y por tanto se estaría violando el principio de NOM BIS IN IDEM.

Asechanza.

Este término significa observar, vigilar cautelosamente, al sujeto pasivo, el cual 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 acreditará el delito de robo simple.

Cualquier otra circunstancia que.

En la redacción de este tipo penal, el legislador intentó hacerlo de manera casuística al reglamentar los medios comisivos, regulando la violencia (física o moral, y la asechanza, 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, tipificó 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 controvertido ya que no era indispensable reglamentar de manera específica la violencia y la asechanza, 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".¹⁹

Que Disminuya las posibilidades de defensa de la víctima.

Este elemento 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, 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.

Que ponga en condiciones de desventaja al pasivo.

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

2.5.8 El objeto material.

En este delito el objeto material se integra por la cosa sobre la cual recae el apoderamiento, que debe tener las características de ser mueble, es decir, de trasladarse de un lugar a otro, conforme lo establece el artículo 753 del Código Civil,* (en relación con el artículo 367 del Código Penal), debe tener corporeidad, es decir, que tenga un cuerpo, pudiendo ser sólido, líquido o gaseoso, además de tener un

¹⁹ Milton Mauricio Morales Cedillo Olalde, Análisis Dogmático del artículo 371 párrafo último del Código Penal, adicionado el 13 de Mayo de 1996, p. 59.

* Artículo 753 del Código Civil.- Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

valor económico y debe estar dentro del comercio para ser susceptible de apropiación.

2.5.9 Elementos normativos o valorativos.

Exigidos por el tipo que se traducen en:

Ajeneidad- Que consiste en que la conducta desplegada por el sujeto activo, recae sobre los objetos, materia del apoderamiento, que no pertenecen a los activos y mucho menos éstos tienen alguna disposición para ejercer dominio y señorío sobre tales objetos; por pertenecer al peculio de los pasivos.

Puig Peña, estima como cosas ajenas, aquellas sobre las cuales, en el momento de la sustracción, no puede el activo alegar el derecho de titularidad, sin que sea preciso conste la persona a quien pertenezca lo robado.

“Para **Cuello Calón**, es cosa ajena, la que, en el momento del hecho, es propiedad o está en posesión, conjuntamente, de la persona a la que se sustrae”;²⁰ por lo que en el caso es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

ROBO. PARA SU CONFIGURACIÓN ES INNECESARIA LA COMPROBACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA COSA MATERIA DEL

²⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, Delitos contra el patrimonio, p. 56.

DELITO.- Basta con que se demuestre la ajeneidad del bien objeto del apoderamiento respecto al sujeto activo y la ilegitimidad de su conducta para configurar el delito de robo por tanto, en este caso es innecesario que el ofendido acredite en alguna forma la propiedad de dicho bien o el carácter de su tenencia que sólo tiene trascendencia para la reparación del daño. (Semanao Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XII, Septiembre 1993, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Pág. 314)

Para que una cosa sea ajena se requiere:

- 1.- Que el autor de la sustracción no sea dueño de la totalidad de la cosa;
- 2.- Que debe la cosa encontrarse en posesión de alguien, y
- 3.- Que la cosa robada debe encontrarse en la posesión del autor.

Por lo argumentado, el delito de robo no puede cometerse respecto de cosas abandonadas por no lesionarse ningún bien jurídico, aunque esto de manera relativa, pues generalmente existe un titular de las mismas, aunque aparentemente estén abandonadas.

Bien mueble.- De conformidad a los artículos 752 y 753 del código Civil, son aquellos bienes que son susceptibles de trasladarse de un lugar a otro, por sí o por la imposición de una fuerza externa, es decir, son removibles.

La doctrina civilista ha distinguido entre el concepto de bien en sentido general y en sentido jurídico. Desde el primer punto de vista,

se entiende por bien todo lo que procura una utilidad al hombre, cualquiera que sea su naturaleza, en tanto que en sentido jurídico, bien es todo aquello que siendo susceptible de apropiación, produce una utilidad de carácter económico.

Otra clasificación de los bienes distingue entre bienes jurídicos y bienes no jurídicos, caracterizándose estos últimos por no ser susceptibles de apropiación, en cambio, los primeros constituyen factores de fortuna o de riqueza y por ello son apropiables y reportan utilidad económica.

La doctrina en general se muestra conforme en que cosa mueble para los efectos penales es todo objeto material o corporal de naturaleza movibles, es decir, que puede ser transportable de un lugar a otro.

“Desde el punto de vista penal sólo es válido el criterio de transportabilidad, entre otras razones porque los demás constituyen ficciones o asimilaciones que no obedecen a la verdadera naturaleza de las cosas y por ello repugnan a las disciplinas penales. Por lo que conforme al Derecho Penal serán consideradas muebles las cosas que pueden ser transportadas de un lugar a otro, ya por si o por virtud de una fuerza extraña.”²¹

²¹ Ibid p. 54.

La cualidad de la cosa radica, en el ámbito penalístico, en su potencial movilidad, aún cuando el sujeto tuviere que separarla del inmueble, si estuviese unida a éste.

Cosa.- Que civilmente hablando, puede ser considerado como bien todo aquello que es susceptible de estar en el comercio y por tanto de ser comerciable, es decir, son objetos a los que se puede incorporar un valor económico, de ahí su equivalencia al vocablo bien.*

El artículo 747 del Código civil, establece que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio, en tanto que el 748, determina que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley, siendo las primeras aquellas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Alfredo de Marsico, precisa que cosa es todo lo que existe; es todo aquello que puede ser concebido por la mente, en sentido físico y se caracteriza por su naturaleza corpórea que nuestros sentidos perciben, en sentido económico, puede ser sometido al dominio del hombre y que sea apto para satisfacer necesidades.

* Asimismo la Suprema corte de Justicia de la Nación ha considerado que cosa es sinónimo de bien, aunque con mayor connotación.

La cosa delimitada físicamente y potencialmente útil al hombre, se convierte en un bien jurídico en cuanto sirve para la satisfacción de las necesidades, es decir, de los intereses de una persona determinada.

Ricardo C. Nuñez, dice que una cosa es todo lo que tiene entidad, ya sea corporal, o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. Para Cuello Calón, cosa es, jurídicamente, toda sustancia corporal, material, susceptible de ser aprehendida, que tenga un valor cualquiera.

Maggiore, explica que cosa tiene un significado diverso, y más restringido, cuanto es limitada a los objetos materiales, capaces de aprehensión, de apoderamiento.

La cosa debe reunir las dos características siguientes: debe ser un objeto corporal y deber ser un objeto susceptible de tener un valor.

Las cosas corporales sólo pueden ser objeto del robo, pues las incorpóreas no pueden integrar este delito dada la imposibilidad de asirlas, tomarlas, para conseguir su apropiación.

Un objeto tiene corporalidad cuando posee extensión y por ello ocupa un lugar en el espacio. Las cosas corporales pueden ser: sólidos, líquidos o gaseosos.

La cosa sustraída ha de tener un valor, siendo que la sustracción de las cosas sin valor económico puede constituir delito si poseen un valor de afección para su propietario, ya que origina un perjuicio patrimonial.

El artículo 371 del Código Penal vigente, tutela las cosas que tienen un valor económico, estimable en dinero, y aún aquellos que no poseen valor de cambio, motiva una sanción específica.*

Históricamente, en nuestro Derecho Penal, el valor de la cosa ha sido estimado, en función del que intrínsecamente tiene, es decir, el valor de cambio, ya que en su artículo 377 del Código Penal de 1871, hace referencia a los casos en que la cosa no fuere estimable en dinero, en cuya situación se atendía, para la imposición de la pena, al daño y perjuicio causados directamente por el robo.

El Código Penal de 1929, reprodujo casi literalmente esta regla, dejando en la ambigüedad la punibilidad de robos en que el valor de la cosa no fuere determinable.

Ausencia de Derecho.- Dado que como elemento normativo, se tiene que acreditar que el sujeto activo no hubiese tenido alguna facultad de disposición, sobre los objetos del apoderamiento, derivada de algún consenso de voluntad que les diera facultad de disposición,

* 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.

por sus propietarios o poseedores y el acusado no acredita el derecho de propiedad sobre los mismos.

Cabe hacer mención que este elemento es innecesario, porque la ilegitimidad es elemento general de todo delito, por lo que dicha mención es redundante, porque el hecho de apoderarse legítimamente de una cosa, no puede ser constitutivo de delito alguno.

Ausencia de consentimiento.

En el análisis del delito que nos ocupa, es necesario acreditar que no existe consentimiento ni tácito ni expreso, por parte de los legítimos propietarios de los objetos, materia del apoderamiento, de los cuales se apoderan ilícitamente los activos, para que éstos ejercieran dominio y señorío sobre los mismos al consumir la conducta delictiva que se señala.

“La falta de consentimiento es un elemento típico, es un requisito necesario para la existencia del delito a estudio, es decir, 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.”²²

Eusebio Gómez, afirma que cuando la ley no hace mención de este requisito por ser evidente que, cuando el dueño de una cosa

²² Silvio Ranieri, Manual de Derecho Penal, p. 198.

mueble presta su consentimiento para que otro se apodere de ella, no puede existir hurto, toda vez que ese consentimiento implica, por parte de quien lo presta, la disposición de un derecho inalienable.

2.5.10 Atipicidad o ausencia de tipicidad en el delito de robo.

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad; esta se presenta cuando no hay una adecuación de la conducta de conformidad a lo preceptuado por el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente por haber ausencia de sus elementos típicos.

Aparentemente sólo puede presentarse atipicidad en el delito que nos ocupa por ausencia del objeto jurídico o material, pero al existir el elemento normativo (sin derecho), convierte el acto legítimo de apoderamiento en una causa de atipicidad (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho).

“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.”²³

Por faltar el bien jurídico este se presenta cuando los activos se apoderen de una cosa propia creyendo que es ajena, por lo que no habría lesión al bien jurídico protegido y como consecuencia de este no habría una disminución en el patrimonio del sujeto pasivo.

²³ Milton Mauricio Morales Cedillo Olalde, Análisis Dogmático del artículo 371 párrafo último del Código Penal, adicionado el 13 de Mayo de 1996, p. 87.

Por falta de objeto material cuando no existe el bien o la cosa corpórea sobre la cual va a recaer la conducta, es decir, el apoderamiento por parte del sujeto activo.

Por falta de modalidades de la conducta del delito de robo a estudio, como ya se mencionó, es un tipo penal que exige como medios comisivos la violencia (física o moral), la asechanza o cualquier circunstancia que ponga en condiciones de desventaja o disminuyan las posibilidades de defensa de la víctima, por lo que si en un caso concreto no se acredita estos medios utilizados para el apoderamiento ilegítimo o si los medios utilizados no son idóneos para llevar acabo la conducta delictiva ésta no sería punible.

Por falta del número requerido en el sujeto activo.- El delito a estudio requiere para su integración la participación de dos o mas sujetos de conformidad con el artículo 13 fracción III, dándose por ello el título de coautoría material, por lo que si en un caso concreto se advierte la conducta y participación de sólo un sujeto activo, no se integraría el delito que nos ocupa.

Por existir consentimiento del interesado.- Esta es una causa de justificación cuyo fundamento se encuentra en la ausencia de interés que origina una causa de atipicidad en virtud de la estructura típica del delito de robo.

El consentimiento puede ser expreso o tácito, es expreso cuando se exterioriza la voluntad del titular mediante cualquier acto eficaz para dejar constancia de él, y será tácito cuando la actitud adoptada por el titular hacen nacer la creencia de la existencia del consentimiento.

Tal consentimiento es eficaz si se otorga antes como simultáneamente a la realización del delito y aún cuando el consentimiento fuera desconocido por el activo.

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

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

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

- 1.- Que el bien jurídico sea disponible;
- 2.- Que el titular de bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y;
- 3.- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie vicio alguno, es decir, que el hecho se realice en circunstancias que permitan presumir que el titular hubiese otorgado el mismo.”²⁴

²⁴ Código Penal, p. 6.

Por lo que en el ilícito a estudio, lo anterior resulta ser inconducente, ya que el mismo requiere los medios utilizados ya escritos para su integración, por lo que los sujetos activos tendrán conocimiento que realizan su conducta sin consentimiento del sujeto pasivo.

Por falta del elemento subjetivo específico diverso al robo.- Que en el caso lo constituye el *animus rem sibi habendi o animus domini*, por lo que antes su ausencia se presentará una causa de atipicidad.

Por error de tipo.- 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.

El error de tipo se encuentra previsto en el artículo 15 fracción VIII, inciso a), del Código Sustantivo de la materia.

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.

En el párrafo segundo se prevé, que si los errores a que se refiere los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 del Código Penal.

Este supuesto se actualizará cuando el sujeto desconozca que se está apoderando de una cosa ajena mueble.

El artículo 66 del Código Penal,²⁵ 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 trate admita la culpa, por lo que al no admitir esta forma de realización, el delito a estudio no habrá delito.

2.5.11 Antijuricidad.

Se entiende por antijuricidad el juicio negativo de valor o juicio de desvalor sobre la conducta típica, es decir, la realización de un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico debiéndose establecer a través de la comprobación de que no intervienen ninguna norma permisiva o causa de justificación para que halla antijuricidad cuando habiendo adecuación a lo descrito en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, no existe alguna causa de licitud.

Causas de Justificación.

Cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuricidad, podemos decir: no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha actuado en determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales.

“Es la norma referida a los casos normales de conducta antijurídica que postula tan sólo una vigencia condicional y admiten

²⁵ Ibid p. 19.

primacía de un derecho de actuar fundado en situaciones de excepción.²⁶

De las causas de justificación señaladas por la doctrina se encuentran:

Estado de necesidad.

Esta causa consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado 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 afrontarlo.*

Esta causa se encuentra regulada en el artículo 379 del Código Penal, cuyo contenido limita la licitud del acto sólo a un apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades del momento del autor o de su familia, siempre y cuando no se empleen medios violentos o engañosos.

La justificación del robo de famélico se encuentra en la esencia del estado de necesidad. En aquella situación de peligro que lleva al sujeto a sacrificar un bien jurídico ajeno para salvaguardar al de

²⁶ Maurach Reinhart, Tratado de Derecho Penal, p. 362.

* Artículo 15. fracción V del Código Penal, "Se abre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo:..."

mayor entidad. Ante una situación en que colisionan el bien patrimonial y el de la salud o la vida, el derecho, que no es sino la expresión cultural en un momento determinado, excluye al antijuricidad de la conducta lícita conforme a la ley.

La naturaleza excluyente del robo de indigente radica en ser la primera vez que se esta en dicha situación, no emplear engaño, ni medios violentos, robar aquellos objetos estrictamente indispensables para satisfacer necesidades propias o familiares.

b) Legítima defensa.

Esta causa de licitud no se presenta en el delito que nos ocupa ya que en el caso no puede presentarse que se esté repeliendo una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, 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. Además que el ánimo o voluntad de defensa es un elemento de la causa de justificación de la legítima defensa.

c) Ejercicio de un derecho.

Esta causa se presenta cuando algún sujeto puede comportarse de acuerdo al ordenamiento jurídico, ya que el mismo lo faculta para ello dependiendo de su oficio o con base en autorización legítimamente

concedida por una autoridad competente o en virtud del fin justo que persigue.

2.5.12 Culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

“Es la responsabilidad personal por el hecho antijurídico,”²⁷ es decir, el juicio de reproche que se dirige a los activos que antijurídicamente se apoderaron de cosas ajenas muebles sin derecho y sin consentimiento de quien puede disponer de ellas con arreglo a la ley, utilizando algún medio que ponga en desventaja o que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima, siendo que los activos son imputables teniendo el conocimiento de que su comportamiento es antijurídico.

La culpabilidad es “la desobediencia consciente y voluntaria y de la que uno está obligado a responder a alguna ley”.²⁸ “Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”²⁹

Este elemento se integra por: la imputabilidad, conciencia de la antijuricidad del hecho y exigibilidad de otra conducta.

²⁷ Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, p. 57.

²⁸ Giuseppe Maggiore, El Derecho Penal. El Delito, Tomo I, p. 451.

²⁹ Luis Jiménez Huerta, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, p. 352.

- Imputabilidad: Se entiende por este elemento "el poseer el mínimo de la capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico-penal,"³⁰ debiendo tener:

Capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, es decir, que el sujeto tenga conocimiento o la aptitud de conocer que su actuar conjuntamente con otros sujetos y apoderarse de cosas ajenas muebles y utilizando los medios ya descritos, no es permitido.

Capacidad de conducirse de acuerdo a esa comprensión, esto es, que los sujetos activos deben actuar de acuerdo a dicha comprensión; considerando imputable también aquel que tiene una imputabilidad disminuida, es decir, cuando las capacidades mentales o intelectuales las tiene minimizadas, ya que subsiste la posibilidad de formularle el juicio de reproche respectivo.

Así mismo son imputables aquellos quienes en un determinado momento han perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad, es decir, cuando se encuentran en presencia de acciones libres en su causa (estado de ebriedad), por lo que si al momento de llevar a cabo la conducta son inimputables, colocándose en ese estado de manera dolosa, los efectos se retrotraen al momento de ser imputables infringiendo por ello un deber de cuidado.

³⁰ Milton Mauricio Morales Cedillo Olalde, Análisis Dogmático del artículo 371 párrafo último del Código Penal, adicionado el 13 de Mayo de 1996, p. 104.

Conciencia de la antijuricidad del hecho: esto es, que lo sujetos activos (imputables), deben saber que han cometido un hecho delictivo y que tal comportamiento es contrario a las normas por lo que pueden interpretarlo o asimilarlo.

Exigibilidad de otra conducta: por este elemento se entiende como aquella situación normal que se presenta, en donde los activos tienen diversas alternativas, es decir, que actúan dentro de un margen de libertad, en virtud de que las circunstancias que concurren en dicho evento delictivo son normales y por lo tanto se les puede exigir un comportamiento conforme a derecho, situación que es contraria al momento de actualizarse los elementos del delito a estudio, toda vez que los activos resultan ser imputables y tuvieron conocimiento de lo que realizaban era contrario a las normas, siendo que se encontraban en una situación normal y pudieron abstenerse.

2.5.13 Inculpabilidad.

Consiste en que si llegara a faltar alguno de los elementos señalados, independientemente de que los activos hallan cometido el delito de robo (artículo 371 párrafo tercero del Código penal vigente), no se podrá formular el juicio de reproche respectivo.

Causas de Inculpabilidad.

Error de hecho esencial e invencible

No exigibilidad de otra conducta.

Se tiene error de hecho, cuando permaneciendo íntegro el conocimiento de la norma jurídica, la voluntad del agente es viciada por ignorancia o por falso conocimiento de una situación de hecho.

“Es invencible si se atienden a las circunstancias particulares en que el apoderamiento se verificó, las cuales impidieron al sujeto caer en la cuenta del error en que se hallaba (ejemplo: defensa putativa, ejercicio de un deber putativo, estado de necesidad putativo o cumplimiento de un deber putativo).”³¹

El carácter invencible del error sobre los elementos constitutivos del robo impide la culpabilidad del sujeto ya que el delito a estudio requiere conocimiento del hecho típico de sus circunstancias, así como la voluntad encaminada a realizar el apoderamiento de la cosa, pero si el sujeto ignora que se apodera de cosa ajena porque supone equivocadamente que es propia, no existirá robo por error de tipo.

El error en la persona queda descartado en el delito de robo, por ser este delito caracterizado por el atentado ilícito sobre la cosa mueble ajena.

Se trata de un bien material y por ello no ha lugar a confusión sobre la persona.

³¹ Francisco Pavón Vasconcelos, Delitos contra el patrimonio, p.80.

“La operancia de la no exigibilidad de otra conducta encuentra fundamento en la teoría normativa de la culpabilidad, ya que sólo a través de un juicio normativo puede decirse si es o no reprochable al sujeto la conducta ejecutada.”³²

La obediencia debida puede igualmente constituir una causa de inculpabilidad, por inexigibilidad, cuando siendo la orden ilícita no se puede exigir al sujeto una conducta distinta de la que realizó.

2.5.14 Inimputabilidad.

Esta se encuentra regulada en el artículo 15 fracción VII, la cual establece “Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado”,³³ por lo que al darse estas circunstancias se excluye la culpabilidad.

Condiciones Objetivas de Punibilidad

Son aquellas “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.

³² *Ibid* p. 83

³³ Código Penal, p. 7.

del hecho aún cuando aquel no la conozca o no pudiera prever su aparición,³⁴ el delito estudio no requiere de este elemento.

2.5.15 Punibilidad.

La punibilidad no es más que la amenaza de la que se asocia al mandato del precepto contenido en la norma penal. La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal cuya manifestación se ha caracterizado como pena.

El Código Penal Mexicano establece como medida para fijar la pena en el robo, el valor de la cosa que constituye su objeto aunque para los efectos del presente trabajo de investigación importa la penalidad del delito de robo tipificado en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal, el cual establece que la pena privativa de libertad será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, independientemente de lo robado.

Por lo que hace a la primera cabe decirse que ésta es muy severa ya que el mínimo de la misma es de cinco años y el máximo lo es de quince años de prisión y como consecuencia los sujetos que resulten penalmente responsables, por la comisión de este delito no tendrán derecho a que se les conceda sustitutivos de la pena ni podrán acogerse al beneficio de la condena condicional, los cuales se

³⁴ Milton Mauricio Morales Cedillo Olalde, Análisis Dogmático del artículo 371 párrafo último del Código Penal adicionado el 13 de Mayo de 1996, p. 115.

encuentran regulados en los artículos 70 y 90 del Código Penal vigente, respectivamente.

Por otra parte, se advierte que ésta no cumple con la readaptación social del delincuente, ya que trae como consecuencia que se pongan penas injustas para los delitos cometidos, las cuales estimulan o provocan la comisión de los mismos.

En relación a la sanción pecuniaria es importante mencionar 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, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 29 del Código Sustantivo de la materia.

En cuanto a las medidas de seguridad que prevé este artículo, cabe mencionar que se deja como facultad para el juzgador el aplicar la prohibición de ir a un lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de libertad impuesta, medidas que deberán ser aplicadas posteriormente a la aplicación de la sanción de prisión impuesta, por lo que estas medidas son realmente innecesarias ya que ejecutarán la pena de prisión bajo la vigilancia de la autoridad ejecutora.

Excusas Absolutorias.

Estas constituyen el aspecto negativo de la punibilidad siendo aquellas que impiden la operatividad de la coerción penal; por lo que en el delito a estudio no se presenta alguna de ellas de manera específica.

De todo lo anterior se puede deducir que el ilícito de robo a estudio, resulta ser un tipo especial cualificado, a que toma como base el tipo penal fundamental de ROBO, puesto que en su descripción no contiene núcleo rector, como en el ilícito básico en mención, que lo constituye el elemento apoderamiento, agregándole el legislador ciertas circunstancias (que sea cometido por dos o más sujetos a través de la violencia, asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), las cuales agravan la penalidad del tipo penal a estudio, respecto al delito de robo simple.

CAPÍTULO III

ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO DE ROBO

3. *Iter criminis*.- Vida del delito.

A esta figura también se le ha llamado grados del hecho punible, etapas de desarrollo del delito,³⁵ etapas de realización del hecho punible, es decir, la forma en como se desarrolla el delito.

Todos los delitos tienen un proceso propio, que se compone de actos que constituyen las etapas del hecho delictivo. Todo *iter-criminis* comienza como un proceso psíquico que tiende a transformarse en conducta delictiva.

Antiguamente se castigaban los pensamientos, los cuales eran imputables; posteriormente surgió el principio **COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR** (nadie sufre el castigo del pensamiento), con lo que se superó esta situación, toda vez que sólo serán imputables las conductas delictivas (acción u omisión), dirigidas a la obtención de un resultado. Este período sólo puede darse en los delitos donde el sujeto decide, piensa y resuelve cometer un ilícito, es decir, en los delitos dolosos o intencionales.³⁶

“Desde el designio criminal surge como un producto de la imaginación, en el fuero íntimo del sujeto, hasta que se opera el

³⁵ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 221.

³⁶ Eduardo López Betancourt, *Introducción al Derecho Penal*, p. 135.

agotamiento de la ejecución del delito, tiene el lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina iter-criminis o camino del delito, significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito.”³⁷

“Todos los delitos, menos los instantáneos, que son aquellos que se perfeccionan en un sólo acto, (*perficiuntur unico actu*), tienen un desenvolvimiento propio, ya que la acción en la cual consisten se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso.”³⁸

Mir Puig, sostiene que hasta que una conducta humana llega a realizar perfectamente uno de los tipos dolosos previstos en la parte especial del Código Penal (consumación), pasa por distintos momentos o fases, por los que se suele decir que discurre el iter-criminis. Pero, de pronto, el delito pasa por una fase interna, primero, y por otra fase externa, después.

El iter-criminis es el camino recorrido por el delito, que va desde su ideación en la mente del agente hasta su ejecución. Este camino o vida del delito, tiene dos fases: una interna y subjetiva; otra externa y objetiva, en la que se da su ejecución.

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

La fase interna del iter-criminis comprende: la idea criminosa, la deliberación y la resolución.

En la fase interna, el delito no ha sido exteriorizado, la idea de cometerlo está en la psique del agente, la idea de delinquir aparece en la mente del sujeto, este puede rechazarla o no.

Después de la idea de cometer el delito, surge la deliberación, la lucha interna entre lo bueno y lo malo, entre los buenos y malos pensamientos, el agente examina el pro y el contra de una conducta delictiva, tomando finalmente una decisión. Es en este período cuando el agente determina o no el llevar a cabo una resolución criminal.

La deliberación también es un acto que se efectúa en la mente y constituye el examen detenido que realiza el sujeto de la idea criminosa; es el análisis detallado en el que piensa si ejecuta o no el hecho delictivo. Una vez analizada la idea criminosa, aunque puede ser también rechazada, el sujeto debe decidir si la realiza o no.

Aquí es donde surge la decisión de cometer el delito, es decir, nace la resolución de cometer dicho acto delictivo, que en el caso concreto lo constituye el de ROBO, que todavía no es manifestada exteriormente. La resolución al igual que la idea criminosa y la deliberación, se llevan a cabo en la mente del sujeto, es decir, en su mundo subjetivo y personal.

Esta resolución puede tener dos caminos: el primero, donde el sujeto decide no llevar a cabo los actos encaminados a realizar su idea de cometer un delito (que en el caso será el de ROBO, previsto en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal), es decir, no pasa a la segunda fase externa, todo se queda en la mente y no produce ninguna alteración en el mundo exterior. El otro camino consiste en que el activo decida cometer el delito, y una vez decidido procede a exteriorizar su idea criminosa, si no lo hace, también quedará únicamente en la mente del sujeto, sin causar ningún trastorno en el ámbito jurídico penal. Por lo que se deduce que esta fase subjetiva, no es importante para el Derecho Penal, toda vez que este tipifica conductas, que son hechos externos y traen como consecuencia una alteración en el orden normativo, es decir, un resultado.

La fase externa del iter criminis, comprende: la comunicación o exteriorización, la preparación y la ejecución, esta última a su vez comprende la tentativa (punible, no punible e imposible), y el logro del objetivo o consumación.

La fase externa del iter criminis, es la que tiene relevancia para el Derecho Penal, en virtud de que el sujeto exterioriza su resolución de delinquir, realizando ciertos actos o actividades encaminadas a la preparación, del hecho delictivo, como el hecho de procurarse los medios o instrumentos para la realización del mismo, posteriormente ejecuta su conducta y finalmente es consumado el hecho delictivo.

Algunos autores consideran que entre la fase interna y la externa, existe una intermedia, siguiente a los actos preparatorios, en la que se encuentra la exteriorización o también llamada resolución manifestada.

“Entre la fase interna, actualmente impune, y la externa, existen varias zonas intermedias, entre las que se encuentran la resolución manifestada y el delito putativo.”³⁹

3.1 La resolución manifestada.

Es lo que se conoce como comunicación o exteriorización.

Cuando la fase interna y subjetiva del iter criminis, le corresponda un acto externo no delictivo y por tanto no punible, entonces se estará en presencia del DELITO PUTATIVO.

La manifestación es un acto externo y pertenece precisamente a la fase externa y objetiva. La comunicación o exteriorización, es la manifestación del pensamiento o idea criminosa, sale del momento interno y se proyecta en el mundo exterior. Esta consiste en dar a conocer a los demás, por medio de la palabra, la idea criminosa de delinquir, idea que ya se encontraba en la mente del sujeto.

³⁹ Luis Jiménez de Asúa, Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito, p. 744.

Una vez exteriorizado el pensamiento, se inicia la preparación del delito. Así, de la resolución del delinquir, continúa la obtención de los medios o búsqueda de las condiciones adecuadas para delinquir.

La preparación, es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado. Consiste en hacer las operaciones necesarias para ejecutar el delito. El acto preparatorio está encausado a reunir los elementos necesarios para cometer el delito.

Los actos preparatorios son actos inocentes en sí mismos, porque no demuestran claramente y con precisión la intención de cometer el ilícito, es decir, dejan dudoso el propósito delictuoso.

“Serán acciones preparatorias aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para poner en peligro efectivo un bien jurídico determinado y para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado.”⁴⁰

La última etapa de la fase externa del iter-criminis, es la consumación, es decir, la comisión del acto o actos unívocos e idóneos para la realización del hecho delictivo. La voluntad en esta etapa es única, decidida y resuelta a delinquir; con este acto comienza la violación a la norma. Es un acto unívoco porque se distingue sin

⁴⁰ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo II, p. 208.

equivocación la intención de cometer el delito y es idóneo porque es adecuado y conveniente para colmar el tipo penal.

La ejecución debe diferenciarse de la preparación; desde el punto de vista cronológico, consiste en la proximidad del acto al resultado. Otros hacen consistir la diferencia entre los dos actos, en el carácter equivoco de los actos preparatorios y el unívoco de los actos ejecutivos.

Los actos consumativos son los que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación, es decir, sobre las personas o cosas sobre las cuales debía dirigirse la violación definitiva del Derecho.

Otros autores dicen que se presenta la preparación si en la mente del sujeto se han decidido actos de ejecución, y habrá actos de ejecución si por dicha preparación hay movimientos para alcanzar la meta delictuosa.

En efecto, para que se inicie la etapa de ejecución, se tiene que ejercitar la acción penal descrita en la norma penal, los actos preparatorios como su nombre lo indica, están encaminados a realizar todas las operaciones necesarias para la ejecución del delito; generalmente el acto preparatorio no afecta derechos de terceros, sino que se desenvuelve únicamente en la esfera del agente, mientras que el acto ejecutorio invade derechos de terceros al adecuarse su conducta a la acción descrita en la norma penal como delito, al afectar el bien jurídico protegido por dicha norma.

En esta etapa ejecutoria, puede no consumarse el delito o bien, llegar éste a dicha consumación. En el primer acto se estará hablando de tentativa.*

3.2 Tentativa.

La consumación se logra cuando el delito se ejecuta plenamente. En cambio, la tentativa ocurre al existir plena voluntad del sujeto para consumir el delito, y éste no se logra por causas ajenas a su voluntad.

La tentativa, “es la actuación hacia el resultado típico, pero no producido en la realidad. Tentativa es por consiguiente la primera parte del obrar fundamentador de cada delito: la segunda parte, el resultado querido. El dolo excede la ejecución; la voluntad es más fuerte que el resultado, la culpabilidad material más fuerte que el daño objetivo.”⁴¹

Por lo que la concibe como un obrar incompleto. Continúa afirmando el mismo autor que en la tentativa no hay resultado debido a que el sistema jurídico protege a los bienes no sólo los peligros graves, sino también de lesiones.

“Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos

* El acto de tentativa implica un principio de ejecución sin consumación.

⁴¹ Guillermo Saucer, Derecho Penal, Parte General, p. 159.

de ejecución que deberían producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.⁴²

De la anterior definición se infiere que la tentativa consta de varios elementos, los cuales son: a).- en la parte objetiva un inicio de ejecución y la no realización de todos los actos ejecutivos necesarios; b).- en el renglón subjetivo se presenta una voluntad de consumación, y por último, c).- la ausencia del desistimiento voluntario.

“Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acato se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina **TENTATIVA**. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.”⁴³

La tentativa se origina tanto en la voluntad criminal como en el peligro en que se encuentra el bien jurídico que se ataca, ocasionando una alarma social. La tentativa es un grado en la vida del delito y de hecho se convierte en un delito imperfecto.

Por lo que se deduce que la tentativa es un delito imperfecto y que por sí mismo no constituye un delito autónomo; depende para su existencia, del tipo de delito que la originó. Por ello, algunos autores le llaman delito incompleto o figura accesoria.

⁴² Santiago Mir Puig, Derecho Penal, p. 288.

⁴³ Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, p. 474.

3.2.1 Naturaleza jurídica de la tentativa.

La naturaleza de esta figura se encuentra ligada íntimamente con los aspectos punitivos; esto es, tanto en el delito consumado como en la tentativa tiene que darse un dolo plenamente, pero su diferencia estriba en que en un caso, cuando se consuma el ilícito, la transgresión a la norma se dio en toda su forma; en cambio, en la tentativa, su punición será menor que en el delito consumado.

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, se está ya dentro de la fase externa del delito y se entra a lo que algunos autores en sentido lato denominan el proceso ejecutivo del delito.

Por ser el robo un delito material o de resultado es configurable la tentativa siempre que el sujeto activo realice actos encaminados directamente a apoderarse de la cosa, o removiéndola del lugar en que la tiene colocada su poseedor, o bien sustrayéndola de su esfera de vigilancia en los casos en que el sujeto activo tenga contacto físico con ella por razones de dependencia, trabajo o cualesquiera otra circunstancia. La posibilidad conceptual de configuración de la tentativa en el delito de robo, se encuentra en razón directa de la pluralidad de actos que el sujeto activo, dada su ubicación en relación con la cosa o con la esfera de vigilancia del poseedor, tenga que realizar para lograr removerla del lugar en que se halla o para sustraerla de dicha esfera de vigilancia.

“Cuanto mayores son los obstáculos que el agente tiene que vencer para lograr remover la cosa o sustraerla de la vigilancia del poseedor, mayores son también las posibilidades fácticas de configuración de la tentativa.”⁴⁴

La tentativa se encuentra prevista en el párrafo primero, artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en el que se establece: 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 aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

“Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.”⁴⁵

⁴⁴ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, p. 87.

⁴⁵ Artículo 12, párrafo tercero del Código Penal vigente.

3.2.2 Fases de la tentativa.

La tentativa tiene dos fases, una interna y otra externa:

- - - La primera se divide en tres etapas: concepción o ideación de apoderarse de cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que con arreglo a la ley pueda disponer de la misma, a través de la violencia (física o moral), asechanza o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja; la deliberación de cometer o no el delito y finalmente la decisión de llevarlo a cabo, lo que trae como consecuencia para efectos de punibilidad, que si el activo estuvo cerca de consumar el delito la pena que le correspondería será mayor a aquel que se aleja de la última etapa del iter-criminis (consumación).

- - - La segunda fase, es la fase externa que comprende: la manifestación de la resolución del sujeto exteriorizada en forma verbal o material, los actos preparatorios, es decir, donde se asientan las condiciones específicas previas a la comisión de un determinado delito (que en el caso lo es el de ROBO), y los actos de ejecución, consistentes en el comienzo de la realización de la conducta delictiva.

Si el delito de robo no llegó a consumarse, porque los agentes activos del delito fueron sorprendidos al ir a consumarlo, esos hechos encajan en lo previsto en el artículo 12 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, ya que tendieron directa o indirectamente a la realización del robo, que no llegó a consumarse por causas ajenas a la

voluntad de los acusados y el delito cometido fue el de robo en grado de tentativa. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXIV, págs. 1089 y 1090. Quinta Época.

Si el quejoso, al ser sorprendido sustrayendo unos bienes propiedad de la ofendida, los abandonó en el mismo lugar de los hechos, esta circunstancia hace que no sea jurídica, la afirmación del recurrente, en el sentido de que el delito que se le imputa quedó en grado de tentativa. Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIV. Pág. 2094. Quinta Época.

Bien hizo la Sala sentenciadora al considerar que el quejoso cometió el delito de robo y no la tentativa del mismo, puesto que, conforme al artículo 369 del Código Penal aplicable, basta la aprehensión de la cosa en que recae la acción antijurídica para que se tenga por consumado el robo, ya que nuestra legislación a diferencia de otras, no requiere el desplazamiento de la cosa materia del delito, es decir, no requiere aquel movimiento mecánico que la retira del alcance material de su dueño para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVIII, págs. 105 y 106, Segunda Parte. Sexta Época.

Conforme al artículo 369 del Código Penal del Distrito Federal y Territorios Federales, se dará por consumado el robo desde el momento en que el sujeto activo tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella, y sí en un caso, a pesar de que el vehículo no fue desplazado hasta donde se proponía

llevárselo el inculpado por hechos ajenos a él, la conducta observada por el mismo no se ajusta dentro del tipo legal que prevé el artículo 12 del Código Penal citado,* pues la tentativa es delito inacabado que implica un principio de ejecución y que no se consuma ora causas ajenas a la voluntad del sujeto, y si en el caso el acusado ya había consumado el robo, sólo que fue desapoderado del vehículo en que recayó el apoderamiento antijurídico, en estas condiciones, la sentencia reclamada no es violatoria de garantías, al considerar al delito como robo simple. Semanario Judicial de la Federación, tomo LXXX, Segunda Parte, pág. 41, Primera Sala, Sexta Época e Informe de 1964, pág. 48.

El artículo 6° del Código Penal del Estado de Durango, cuyo contenido es idéntico al del artículo 12 del Código Penal Federal, no contempla los actos encaminados directa o indirectamente a la realización de un no delito, sino de un hecho típico definido por la ley como delito; luego entonces, respecto a la conducta positiva de los acusados que amenazaron a la víctima con privarla de la vida si no entrega una suma de dinero en hora y lugar prefijados, y el sujeto pasivo sólo llevó a ese sitio un sobre por parte de los quejosos que constituyó una tentativa imposible de robo, porque no se puede robar lo que no existe y no se puede empezar a robar lo que no existe. Por lo mismo, la conducta es atípica por falta del objeto material sobre el

* 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.

que pudiera recaer la intención criminosa. Informe de 1970, págs. 193.

Por lo que se deduce que:

a).- Fase interna.- se presenta cuando dentro de la mente o psique del agente; surge la idea criminal de cometer el delito de robo, posteriormente delibera sobre su realización y finalmente decide si lleva a cabo o no la perpetración del mismo.

b).- Fase externa.- esta fase es donde el activo exterioriza su decisión y resolución para cometer el delito, prepara el mismo y finalmente lo ejecuta.

c).- Ejecución.- la ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente imperfecta, como el caso del sujeto que es sorprendido cuando, después de haber penetrado en la casa que en su designio criminal había escogido, aprehende materialmente la cosa pero sin tener oportunidad, ni siquiera en forma momentánea, de ejercer poder sobre ella, en tal caso, la simple acción no consuma el delito.

Debe tenerse siempre presente, en la determinación del acto de tentativa, su naturaleza ejecutiva surgida de la necesaria relación, que ha menester existir, entre la acción u omisión enjuiciada y la norma principal a la cual se refiere.

A este respecto el autor Ramón Palacios, "ha dejado precisado que el concepto de perfección y, si bien bajo el primero consumación

es perfección y tentativa imperfección, si estimamos jurídicamente el problema nos da una solución diversa, dado que el delito tentado es consumación y perfección porque se ha violado la norma prohibitiva, pues sustituido el resultado por el de peligro, se verifica ya la subsunción del hecho, histórico en los preceptos que preveen y punen el actuar en el que se está ausente el resultado.⁷⁴⁶

Para Porte Petit, en el robo pueden presentarse la tentativa tanto inacabada como acabada (frustración), y aún la tentativa imposible y el desistimiento.

Tentativa inacabada.

La **inacabada** se dará cuando queriendo cometer el robo, exista un comienzo de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Ésta da cuando el agente al intentar cometer el delito, éste no se consuma en virtud de que aquél omitió realizar uno o varios actos necesarios para el resultado previsto. Situación que en el delito a estudio, se acreditaría en el momento en que dos o más sujetos (conjuntamente y previo acuerdo de voluntades), deciden apoderarse de cosas ajenas muebles, utilizando para ello la violencia (física o moral), la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, deliberando asimismo el hecho de llevarlo a cabo y deciden hacerlo, manifestando su resolución y preparando la

⁴⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, Delitos contra el patrimonio, p. 100.

realización del mismo, con el objeto de llevar los actos ejecutivos tendientes a la consumación del ilícito a estudio, el cual no se llevó a cabo por causas ajenas a la voluntad de los agentes.

Tentativa acabada.

La **acabada o frustración**, cuando queriendo cometer el robo, se han realizado todos los actos de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del mismo, es decir, se presenta cuando el agente efectúa o exterioriza todos los elementos necesarios para lograr la consumación del delito, pero en el momento de su ejecución, por una causa ajena a él, no se realiza el delito.

Tentativa imposible.

“La **tentativa imposible o delito imposible**, cuando queriendo cometer el delito y existiendo un comienzo de ejecución o una total ejecución, no se consuma el robo, por falta del bien jurídico, del objeto material, porque los medios son inidóneos, originándose el aspecto negativo de la tipicidad.”⁴⁷

Esta puede presentarse cuando falta el bien jurídico tutelado por la ley penal, del objeto material o en todo caso cuando los medios utilizados por los agentes del delito no son medios idóneos para consumar el delito, es decir, no son los medios comisivos que exige el

⁴⁷ *Ibid* p. 101.

tipo penal a estudio, para disminuir las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja.

Frias Caballero, considera claro el comienzo de la acción típica referida al núcleo (apoderamiento), por cuanto el delincuente comienza a ejecutar el hurto apenas extiende la mano para tomar el objeto; la acción de apoderamiento empieza en ese instante y no antes.

“Asimismo cabe señalar que existe opinión casi unánime de que este tipo de ilícitos no deben sancionarse, inclusive en este sentido se ha orientado la jurisprudencia mexicana la imposibilidad para cometer un delito elimina la punibilidad de una tentativa cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos, o bien cuando es irrealizable porque es imposible, más no cuando uno de los copartícipes desiste de su propósito criminal y exclusivamente por esta causa los demás copartícipes no logran consumir la infracción penal.”⁴⁸

De lo anterior se advierte que la tentativa no es un delito independiente, ello se deba a que implica una apreciación especial de la naturaleza de la propia tentativa, al corresponder a un momento de iter-criminis o camino del delito.

⁴⁸ Boletín de Información Judicial, Vol. VI, p. 7.

Elementos de la tentativa

Los elementos de la tentativa son:

- a).- Voluntad de cometer el resultado;
- b).- Un comienzo de inejecución o inactividad, y agente.

“Al desistimiento también se le puede llamar tentativa desistida o tentativa abandonada y sus elementos son:

- a).- querer el resultado;
- b).- comienzo de una ejecución;
- c).- cesación de los actos ejecutivos por voluntad del propio agente, y
- d).- no consumación del delito.”⁴⁹

En los delitos culposos no cabe la tentativa, tampoco en los delitos preterintencionales (estos últimos ya derogados), por tanto uno de los elementos de la tentativa: querer el resultado. En otros términos en el delito preterintencional, se quiere un resultado menor y se causa uno mayor no querido ni aceptado, previéndose con la esperanza de que no se realizaría o que no se previó siendo previsible. Por tanto, si en la tentativa se quiere el resultado y en la preterintencionalidad se quiere un resultado menor y no el mayor, no puede existir una tentativa de resultado que no se ha querido.

Si la omisión simple consiste en el no hacer, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, es indudable que no da

⁴⁹ Eduardo López Betanocurt, Introducción al Derecho Penal, p. 166.

lugar a que pueda presentarse la tentativa, porque tan pronto no se realizan el hacer esperado y exigido, se comete el delito. Es decir, la omisión simple no admite el proceso ejecutivo del delito.

“La tentativa representa el mínimo del injusto material que el sujeto debe realizar en cada caso para llegar a caer bajo la concreta amenaza penal de las leyes incriminatorias.”⁵⁰

La norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida por sí. No hay delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título del delito, el delito tentado.

3.2.2.1 Consumación.

El artículo 369 del Código Penal vigente, establece que se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. Argumento que se encuentra corroborado con la siguiente tesis jurisprudencial emitida por el Poder Judicial de la Federación, que a la letra dice:

ROBO CONSUMACIÓN DEL ILÍCITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo

⁵⁰ Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental, Vol. II, p. 372.

297 del Código Penal del Estado de México, el ilícito de robo se consuma a partir de que el sujeto activo atacó el bien jurídico tutelado por el mismo, esto, es, que se apoderó de una cosa sin el consentimiento de quien pudiera disponer de ella conforme a la ley, independientemente de que después la abandone o sea desapoderado de la misma. (Semanao Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, Junio 1991, Tercer Tribunal Colegiado del Segundo circuito, Pág. 417).

El primer acto ejecutivo del robo surge cuando se pone en movimiento el medio elegido (una mano, un instrumento mecánico, un animal amaestrado), para remover la cosa del lugar en que se halla o para sustraerla (una maniobra tendiente a esconder la cosa o desaparecer con ella entre la multitud), de la esfera de vigilancia de su poseedor!

Como la tentativa conceptualmente requiere e implica posibilidad de consumación, no existe delito de robo en el grado indicado cuando fácticamente resulte imposible que el sujeto activo pueda alcanzar el apoderamiento de la cosa, debido a la inexistencia de dicho objeto material, aunque el agente hubiere realizado actos idóneos, para introducirse en el lugar donde creía se hallaba la cosa.

El delito de ROBO, queda consumado en el mismo instante en que el sujeto activo quebranta la posesión existente sobre la cosa ajena mediante la remoción antijurídica que de la misma hace con fin de apropiársela o venderla, pues en este instante tiene en su poder la

cosa robada. Dicha remoción implica efectuar sobre la cosa actos materiales de apoderamiento e impide que el sujeto pasivo pueda gozar y disponer de ella. El apoderamiento se consuma en el instante en que, con el fin de apropiársela o venderla, el sujeto activo tiene, sin derecho, la cosa en su poder, aunque sólo fuere momentáneamente, o como lo establece el artículo 369 del Código Penal: "Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella."⁵¹

Subordinar la consumación del robo a que el agente tenga ocasión de usar, gozar, o vender la cosa, es pretender condicionar la perfección del delito a una posibilidad futura innecesaria para su integración. Lo que se frustra en el delito de robo cuando el agente no ha alcanzado la posibilidad de usar, gozar o vender la cosa robada, es el deseo o la esperanza que era la meta finalística de su conducta. Para la perfección del delito no es necesario que el sujeto activo hubiere tenido la posibilidad de realizar dicho deseo o esperanza; basta que la remoción la hubiere efectuado con dicho ánimo o finalidad.

Cuando la simple remoción de la cosa ajena presupone desposeer de ella al sujeto pasivo, es decir, quebrantar su posesión,

⁵¹ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, p. 89.

obvio es que dicha remoción consuma ya el delito de robo pues esto significa un apoderamiento de la cosa.

Cuando el sujeto activo, cual *longa manus* del poseedor, tiene previo contacto físico con el objeto material del robo, el delito sólo se consuma en el instante en que sustrae dicho objeto de la esfera de vigilancia del sujeto pasivo.

En aquella hipótesis en que el sujeto activo sólo logra remover o sustraer una parte de la pluralidad de objetos que pretendía robar, existe un sólo delito de robo consumado circunscrito a los objetos de los que se apoderó y no una tentativa de robo por las cosas que no llegó a remover o sustraer. Y no rompe la unidad delictiva la circunstancia de que la cosa o las cosas robadas pertenezcan a diversas personas.

Argumento que se robustece con lo manifestado 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.

Consumación de acuerdo a la teoría legal mexicana.

Cabe hacer mención que la consumación del ilícito a estudio, ya se ha analizado previamente en el presente capítulo; sin embargo no es óbice que tal circunstancia se vuelva a estudiar de manera más detallada, con el objetivo de enfocarla a la teoría legal mexicana, como se expondrá de la manera siguiente:

“El delito de ROBO a estudio, se consuma cuando se verifican todos los elementos constitutivos del ilícito de referencia ya sea tanto los elementos esenciales generales como son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como los específicos, contenidos en el tipo penal previsto en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.”⁵²

El delito de robo se consuma por el sólo apoderamiento de la cosa robada y no es necesario un desplazamiento para que se integre, de acuerdo con el artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXXI, pág. 34. Sexta Época.

Conforme a la teoría legal mexicana, si el agente se le sorprende en posesión de los objetos robados, aún cuando los abandone o lo desapoderen de los mismos, se tendrá por consumado el ilícito, siendo irrelevante que por esta situación el activo no alcance la finalidad

⁵² Milton Mauricio Morales Cedillo Olalde, Análisis dogmático del artículo 371 párrafo último del Código Penal, adicionado el 13 de Mayo de 1996, p. 133.

perseguida con el delito, o que el sujeto pasivo no se le cause perjuicio patrimonial.

Si conforme a la teoría legal mexicana, el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo por disposición expresa del artículo 369 de la ley sustantiva,* entendiéndose por tal la aprehensión de la cosa ajena por parte del agente, tomándola para sí e implicando desde luego cierto desplazamiento, por mínimo que éste sea, y no necesariamente la total sustracción o alejamiento del bien, es indubitable que si el reo ya tenía formado un bulto con los objetos aún cuando haya sido desapoderado de los mismos o los haya dejado abandonados, el robo esta ya consumado.

De acuerdo con la teoría legal mexicana, por articulación hermenéutica de las leyes adjetivas y sustantivas de la materia, la sólo detentación de la cosa implica previa aprehensión del bien y movilización para ingresar a la esfera de la acción del poseedor, y si no justifica su legal adquisición, determina técnicamente la conformación de la figura delictiva de robo, toda vez que aquellas actividades de aprehensión y desplazamiento implican el elemento típico en que consiste la infracción, o sea, el apoderamiento; de tal suerte que el legislador da por consumado el ilícito, desde el momento en que el agente tiene en su poder la cosa (artículo 369 del Código Penal), y da por comprobado su cuerpo si el sujeto no demuestra su ilícita adquisición. (artículo 177, fracción II, del Código Procesal).

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

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIII, pág. 152, Segunda Parte, Sexta Época.

El delito de robo debe entenderse consumado desde el momento en que el ladrón tiene en sus manos los objetos robados, aunque sea desapoderado de ellos, ya que dicho desapoderamiento, que se traduce en que la persona robada no resienta un daño efectivo, no puede tener influencia, sino en relación con la reparación del daño, pero no en cuanto al momento de la pena que se deba imponer. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXX, pág. 5203. Quinta Época.

Si bien es cierto que el elemento esencial del delito de robo está constituido por el apoderamiento con el ánimo de apropiación, y el mismo supone aprehensión de la cosa y desplazamiento de la misma; ello no significa que necesariamente éste se realice fuera del ámbito de las habitaciones o de la superficie en la que ejerce el dominio el ofendido, pues si bien tal desplazamiento conforme al derecho penal francés constituye una exigencia para que se configure el delito de robo, no lo es menos que, con arreglo a la legislación mexicana, no es necesario que se realice tal desplazamiento mínimo, ya que basta la simple aprehensión de la cosa, es decir, no requiere aquel movimiento mecánico que la retira del alcance material de su dueño para llevarlo al pleno dominio ilícito del ladrón, según se desprende de la redacción en que está concebido el tipo penal de robo, que tiene como presupuesto el apoderamiento de la cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede

disponer de la misma con arreglo a la ley, independientemente de la redundancia que implica apoderamiento sin derecho, habida cuenta de que la antijuridicidad es integrante de todos los delitos conforme a lo dispuesto, por el artículo 7º. Del Código Penal. Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXVI, págs. 657 y 658, Quinta Época.

3.2.3 Penalidad.

El tipo de ROBO a estudio, admite el grado de tentativa, es decir, la puesta en peligro del bien jurídico, lo que bastará para sancionar la conducta realizada. En el caso, existe pena específica para la tentativa, cuando no fuere posible determinar el monto de lo que pudiere haber sido materia del mismo.

La pena prevista para el tipo de ROBO (previsto en el párrafo tercero, artículo 371 del Código Penal), EN GRADO DE TENTATIVA, será de acuerdo a lo previsto por el artículo 63 párrafo tercero del citado Código, en el que se establece “En los casos de tentativa punible del 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”,* lo anterior para ser aplicado a la pena privativa de libertad del delito a estudio, en la que será de 5 cinco a 15 quince años de prisión, debiéndose determinar el grado de culpabilidad por parte del juzgador para que dentro de este parámetro

* El párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal, resulta ser aplicable en el delito a estudio, en virtud de que el mismo se encuentra considerado como delito grave, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

entre el mínimo y el máximo y en uso de su arbitrio judicial, proceda la individualización correspondiente.

Por cuanto hace a la pena pecuniaria prevista en el ilícito en análisis, (hasta mil días multa), cabe decirse que el artículo 63 del Código Penal, es omiso en hablar de tal sanción, por lo que será conducente aplicar el párrafo primero del citado artículo que a la letra dice: Al responsable de 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 debiera imponerse de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario, por lo que en ese supuesto se deberá hacerse la reducción que será de un día multa hasta seiscientos sesenta y seis días multa.

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

Si una persona es sentenciada por el delito de tentativa de robo, y para impugnar la pena de prisión que se le hubiere impuesto alega que debe aplicarse únicamente la parte final del artículo 371 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, que señala de tres días a dos años de prisión para los responsables de tentativa de robo, siempre que no fuera posible determinar el valor de los objetos que hubiesen podido ser robados, y no relacionarse esa disposición con los artículos 372 y 381, fracción I, del propio ordenamiento, ya que estos últimos preceptos sólo deben tener aplicación en casos de delitos de

robo consumado, no es de admitirse la alegación anterior, toda vez que el párrafo final del artículo 371 de la citada ley penal debe relacionarse en su aplicación, con lo prevenido en el artículo 12 del mismo Código, no existiendo razón alguna para que, tratándose de un delito de robo en grado de tentativa, en el que no se haya podido determinar el valor de los objetos que hubiesen sido robados ni se deban tener en cuenta por la autoridad judicial, las circunstancias de hecho en que tal delito trató de ser cometido, como son las de haber tratado de consumarlo haciendo uso de la violencia, pues esta circunstancia agrava la pena que debe imponerse, de acuerdo con lo dispuesto en la fracción I del artículo 381 del Código Penal, y por tanto, es evidente que al aplicar todas las disposiciones legales relacionadas entre si, no se viola garantía alguna. Semanario Judicial de la Federación,. Tomo XLIV, págs. 3787 y 3788. Quinta Época.

“En el análisis de las dos fases de la tentativa (acabada e inacabada), nos lleva a determinar que la esta sólo se presenta en el delito doloso y necesariamente en el dolo directo (conocer que se realizan los elementos objetivos del tipo penal y querer llevarlos a cabo).”⁵³

Zaffaroni, hace mención que la tentativa, es 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

⁵³ Milton Mauricio Morales Cedillo Olalde, *op cit*, p. 125.

en las etapas de la fase interna es que suponen la ideación de un determinado delito, 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).

3.3 El desistimiento.

Si el resultado esperado de la consumación de un delito no se presenta por causas ajenas a la voluntad del sujeto, se ha señalado, que se está frente a una tentativa. Por lo contrario cuando la no realización o no consumación del ilícito se da por causas imputables a la voluntad del sujeto, estaremos frente a un desistimiento o un arrepentimiento.

“El desistimiento se presenta cuando antes de que el sujeto la conducta delictiva, la misma no la efectúa en cambio el arrepentimiento es cuando ya cumplida la conducta, el mismo sujeto activo impide que se produzca el resultado.”⁵⁴

Casi todas las legislaturas le dan valor pleno y reconocimiento absoluto al desistimiento como una figura no punible. “Desde el punto de vista de la política criminal, debe observarse que el que se desiste de una acción delictuosa, incoada o completa, demuestra

⁵⁴ Eduardo López Bctanocurt, Introducción al Derecho Penal, p. 162.

maldad y ciertamente menor peligrosidad que el que persiste en ella; por otra parte, es interés del Estado estimular el desistimiento y evitar un delito, prometiendo la impunidad, o un trato más benigno, al que se detiene ante las últimas consecuencias de la mala obra.”⁵⁵

Se discute si sólo debe ser válido el desistimiento cuando sea voluntario, esto es, cuando no sea aconsejado por otro. Esta diferencia ha hecho que el individuo se desista por su propia voluntad o por sugerencia de un tercero, no llegando a consumir su delito por así haberlo decidido, aunque haya sido producto de un consejo.

En efecto, el arrepentimiento implica una mayor peligrosidad del sujeto, puesto que después de realizada su acción delictuosa, reflexiona que actuó mal y por lo tanto intenta que el resultado no se presente. Por este hecho la doctrina sostiene que el desistimiento es eficaz, más no así el arrepentimiento; “En caso de arrepentimiento activo, es decir, cuando el agente, después de haber cumplido todos los actos ejecutivos, frustra por propia voluntad el resultado.”⁵⁶

El Código anterior, carecía de una disposición precisa. Pero la doctrina predominante, ante el sentido de la ley, admitía que el arrepentimiento eficaz eliminaba el delito frustrado, por el simple motivo de que era preciso para que este existiera, según el artículo 62, que la consumación no se hubiera efectuado por circunstancias ajenas a la voluntad del culpable, mientras que el arrepentimiento, lo

⁵⁵ Giuseppe Maggiore. El delito y la Pena, Tomo II, p. 84.

⁵⁶ Idem.

mismo que del desistimiento es una circunstancia puesta por la voluntad del agente.

Respecto del desistimiento, la mayor parte de los activos coinciden en señalar que tiene dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El elemento objetivo es un inicio de ejecución encaminado a la consumación y el subjetivo es la decisión de suspenderla, de interrumpir la conducta.

El fundamento del desistimiento se encuentra previsto en el artículo 12 doce párrafo tercero del Código Penal vigente, en el que se establece que si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponde a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos. Por lo que en el ilícito en comento, se presenta cuando dos o más sujetos tengan la intención de cometer el delito de ROBO (previsto en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente), que empiecen a realizar los actos de ejecución tendientes a la consumación de este delito y que no se consuma en razón de que los activos espontáneamente desistan de seguir realizando los actos de ejecución que le faltan por consumir el delito.

“Con la regulación de esta figura jurídica se quiere incentivar a los activos a que no cometan o decidan no cometer el delito, no imponiéndose pena o medida de seguridad alguna.”⁵⁷

⁵⁷ Milton Mauricio Morales Cedillo Olalde, Análisis Dogmático del artículo 371 párrafo último del Código Penal adicionado el 13 de Mayo de 1996, p. 131.

El desistimiento debe darse por causas propias, 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. Ahora bien, cuando desistan los sujetos de cometer el delito, si podrán ser sancionados por actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

3.4 El arrepentimiento.

El arrepentimiento se encuentra establecido en el artículo 12 doce párrafo tercero del Código Penal, en el 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 sí mismos delitos.”⁵⁸ Este supuesto vendría a constituir el aspecto negativo de la tentativa acabada y no sólo tiene lugar en los delitos de resultado material. En el presente caso se acreditará 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.

Asimismo, como en el desistimiento, podrán ser sancionados por actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

⁵⁸ Código Penal, p. 5.

3.5 El agotamiento.

Se entiende por agotamiento la satisfacción del propósito inicial de la conducta. “Esta etapa es sucesiva de la consumación, que constituye la parte final del iter-criminis”,⁵⁹ y está constituida por el logro de la finalidad personal del agente en el delito cometido, 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.

El delito de robo se agota desde el momento en que el ladrón se apodera de una cosa ajena, sin consentimiento de su propietario, aún cuando después la abandone o la desapoderen de ella. *Semanario Judicial de la Federación*. Tomos CXII, pág. 49; VI, pág. 241; XII, págs. 83; XXX, pág. 80, y XXXIX, pág. 100. Quinta Época.

“Si los actos encaminados directa e indirectamente a la realización de un delito se detienen por causa ajena a la voluntad del agente, son punibles por constituir tentativa; pero si los propios actos intrínsecamente constituyen figura, la represión es por la consumación de la lesión jurídica, independientemente de que el sujeto activo no alcance el propósito que lo movió a ejecutarlos; ya que técnicamente se considera como agotamiento del delito, como en el caso en que un ladrón es sorprendido cuando ya había formado un

⁵⁹ Celestino Porte Petit Candaudap, *Programa de Derecho Penal, Parte General*, p. 783.

bulto con las cosas de que se había apoderado, siendo punible esta actividad por haber consumado el robo, aún cuando no haya podido disfrutar de los efectos e inatendible que sólo haya realizado un acto tentado.”⁶⁰

“Suelen confundirse los dos momentos enunciados, no obstante que el Código Penal del Distrito y Territorios Federales, resuelve el problema, al estimar “consumado” el robo, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa (artículo 369), lo que implica, lógicamente, que realizó la actividad típica de la figura o “apoderamiento”, (artículo 367), y por consecuencia, si el agente devuelve o es desapoderado de parte del botín, no atempera su responsabilidad, supuesto que el valor de las cosas se toma al momento de la consumación y no al instante de disposición o agotamiento del delito desde el aspecto personal del agente, situación última que es indiferente para los fines represivos.”⁶¹

“Confúndese con frecuencia el acto de consumación de un robo con su agotamiento, siendo que para el primero es suficiente la verificación de haberse realizado la lesión patrimonial o mutación de la vida de relación, mediante el apoderamiento de la cosa ajena mueble, contra la voluntad o en ausencia del consentimiento del titular, aún cuando después de ser abandonada, en tanto que en el agotamiento al ser finalidad personal perseguida por el autor, no siempre se realiza, o se alcanza parcial o sobrepasando la intención de

⁶⁰ Boletín de 1958, pp. 397 y 398.

⁶¹ Boletín de 1962, pp. 68 y 69. Primera Sala.

beneficio, dado que la ley establece que se dará por consumado el robo desde el momento en que el agente tiene en su poder la cosa aún cuando la abandone o la desapoderen y, en consecuencia, es punible la conducta del ladrón de un automóvil para el valor de éste, y no tan sólo de los objetos que sustrajo de su interior, sin tener relevancia a que posteriori haya aducido que exclusivamente se lo llevó para apoderarse de los efectos.⁶²

3.6 Participación.

Se puede participar en el robo (tipo especial), con el carácter de:

1.- Autor material.- es quien realiza directamente el delito de robo; cuando se realiza la acción típica descrita en el artículo 367 del Código Penal apoderándose de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley.

“Es aquel que con su acción, completa por el aspecto físico y por el aspecto psíquico, comete el acto delictuoso. Autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario, a que se refiere la ley cuando establece el modelo del delito. Por regla general se le indica con la expresión “el que”.⁶³

2.- Autor intelectual.- Instiga a otro a cometer el delito; se es autor intelectual en el robo cuando se instiga, determinada conducta o

⁶² Informe de 1959, p. 61.

⁶³ Giuseppe Maggiore, Derecho Penal, Tomo II, p. 107.

provoca a otro a realizar la acción material descrita en la ley, operando en el primer caso de participación moral, el mandato, la acción, el consejo y la asociación.

3.- Autor mediato.- Se vale de otro para cometerlo, es decir, el que al realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona que está por circunstancias personales, exenta de responsabilidad, bien por error o por tratarse de un inimputable.

4.- Coautor.- En unión de otros autores perpetra el hecho delictivo; al igual que el autor es el que realiza la ACTIVIDAD, conjuntamente con éste, descrita en la ley, indebidamente se habla de coautor, porque éste, en rigor técnico, es un autor. SAUCER, define la actividad de los coautores como la ejecución común consciente.*

Subjetivamente se ha negado diferencia alguna entre el autor y el cómplice más objetivamente salta a la vista diferencia entre ellos; el autor es quien ejecuta la acción típica (apoderamiento), mientras que el simple auxiliador o cómplice realiza actos accesorios. Por tal razón Jiménez de Asúa, define objetivamente al cómplice afirmando que es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito.

5.- Encubridor.- Oculta al culpable de esta conducta delictiva; se es encubridor, cuando por acuerdo previo o promesa anterior se auxilie a los delincuentes en cualquier forma, una vez que éstos

* Según el artículo 15 fracción III del Código Penal (los que lo realicen conjuntamente).

efectuaron una acción delictuosa, según lo previsto por el artículo 13 trece fracción VIII, del Código Penal vigente.

3.7 Concurso de delitos.

El delito de robo en análisis admite por su naturaleza y debido a sus elementos descriptivos, la posible concurrencia con varios tipos penales compatibles, originando el concurso real* de delitos, caracterizado, como es sabido, por una pluralidad de acciones o hechos, realizados por el mismo sujeto activo y constitutivos de una pluralidad de delitos. O bien de un concurso ideal* de delitos, forma que exige una sola acción productora de varias violaciones a la ley penal.

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, ya que "cuando un sujeto ha cometido un delito corresponde aplicarle una pena. Si ha cometido varios delitos corresponderá aplicar varias penas."⁶⁴

Ideal.- se presenta, cuando al cometer el delito de robo se infringen dos o más disposiciones legales.

* Concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

* Concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos.

⁶⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, p. 511.

Material.- También se podrá cometer el delito de robo mediante el concurso material, que se presenta cuando con varias conductas se transgreden varias disposiciones.

Ideal o formal Heterogéneo.

En el delito a estudio, 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 una sola conducta se cometen dos o más delitos de robo se considera una sola acción, que constituye una sola conducta, es decir, se presentará la unidad de conducta, por lo que no existiría un concurso de delitos sino un sólo delitos, esto se da porque hay una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones u omisiones que fundamentan 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 sí sólo el tipo de ilicitud y fundadamente de esta manera el hecho punible, sin embargo, hay que considerar que habrá varios delitos cuantos sujetos pasivos haya, siendo que de considerarlos como delitos autónomos, la pena que se les impusiera a estos sujetos, llegaría a ser la máxima prevista en el tipo penal a estudio, por lo que en este sentido no podemos considerar que en este supuesto existe unidad de acción, ni tiene aplicación el delito continuado, surgiendo así la figura de delito en masa, "debiendo para ello llenar como requisitos la existencia de un plan previo o aprovechamiento de identidad de ocasión; que exista una pluralidad de acciones u

omisiones y la infracción del mismo o semejantes preceptos penales.⁷⁶⁵

No está por demás señalar que en el concurso material de delitos se da ordinariamente el fenómeno de la falta de conexidad entre los delitos cometidos, pues de común no es necesaria la comisión de uno para llegar a la consumación del otro.

Alfredo Etcheberry, considera la ausencia de conexidad entre los hechos, como elemento de concurso real, fundamentalmente negativo, pues de darse dicha conexidad, propia del delito continuado, desaparecería dicho concurso. Raúl F. Cárdenas, afirma la posibilidad de los concursos real e ideal en el robo.

En el delito a estudio, puede darse o acreditarse el delito continuado, al que alude el artículo 7o. del Código Penal, en su fracción III, al establecer que el delito es continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas viola un mismo precepto legal.

La doctrina ha señalado como elementos del delito continuado los siguientes:

A) Pluralidad de conductas típicas o comportamientos delictuosos, cronológicamente separados y por ello independientes en el tiempo, lo que permitiría sancionar cada uno de ellos, por sí mismo, como delitos autónomos;

⁶⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, p. 413.

B) Unidad de lesión jurídica o violación del mismo precepto penal;

C) Conexidad entre las diversas conductas o comportamientos desde un plano subjetivo: unidad de resolución o de propósito delictivo. Como en el robo existe la posibilidad de la concurrencia de los elementos del delito continuado, es obligación señalar que puede darse un delito de robo continuado, cuando varios apoderamientos de cosa ajena mueble aparecen vinculados a virtud del propósito esencial que los une o de una voluntad finalista única y siempre que teóricamente, pueda considerarse posible que con una sola conducta o acción (aún cuando ésta pudiera integrarse por varios actos o movimientos corporales), el sujeto hubiera podido realizar el apoderamiento que en la realidad de los hechos ejecutó en una pluralidad de conductas o de acciones. Por ello no puede hablarse de conexidad de acciones en los robos a distintos establecimientos en momentos temporales diversos, aún cuando considera en los ladrones el propósito genérico de robar en todos ellos, por descartarse la posibilidad de que pudieran haber realizado todos los robos en un sólo momento y a través de una conducta singular. El robo continuado caería para su punición, dentro de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 64 del Código Penal, en el que se establece: se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

Acumulación.

Nuestro sistema jurídico en caso de acumulación de delitos, utiliza "el método de acumulación jurídica, tomando como base para la

imposición de la sanción el delito mayor, adicionándole proporcionalmente las sanciones de los demás delitos cometidos, sin que exceda de las máximas ordenadas por nuestra ley.”⁶⁶

La acumulación o concurso real de delitos se da en el delito de robo; la acumulación heterogénea, se prevé expresamente, entre otros, en los artículos 372, 373 y 374 del Código Penal.

⁶⁶ Eduardo López Betancourt. Delitos en Particular. Tomo I. p. 274.

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

34-2

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



PROPUESTA PARA DEROGAR
EL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 371
DEL CODIGO PENAL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL

VOL. II

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARTHA PATRICIA TREJO VELAZQUEZ

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. EVERARDO FLORES TORRES
CED. PROFESIONAL No. 970910

ÍNDICE

Pág.

Introducción.	ii
Capítulo I BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO DE ROBO.	
1. Derecho Romano. Obligaciones de un acto ilícito.	2
1.1 El furtum.	4
1.1.1 Ocultación de la cosa hurtada.	9
1.2 Ley de las XII Tablas.	11
1.2.1 Otra versión de las XII Tablas.	13
1.2.2 La rapiña.	18
1.3 El robo en diversos países.	22
1.4 Historia Nacional.	26
1.4.1 El robo entre los aztecas.	27
1.4.2 El robo en la época Colonial.	30
1.4.3 Proyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949.	31
1.4.4 Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958.	32
1.4.5 Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.	34
1.4.6 Código Penal de 1871.	36
1.4.7 Código Penal de 1929.	38
1.4.8 Código Penal vigente para el Distrito Federal (1931).	39
1.4.9 Reformas al Código Penal de fecha 13 de Mayo de 1996.	42
Capítulo II ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ROBO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL.	
2. Elementos del tipo.	48
2.1 El patrimonio.	50
2.1.1 Teorías sobre el patrimonio.	52

2.1.2 Teoría del patrimonio en el Derecho Penal.	59
2.2 Clasificación del delito.	61
2.3 El tipo penal.	64
2.3.1 Elementos del delito.	65
2.3.2 Clasificación en orden al tipo.	68
2.3.2.1 Clases de tipo.	69
2.4 Concepto de robo.	71
2.5 Tipicidad.	72
2.5.1 Conducta.	73
2.5.1.1 Clasificación del delito en orden a la conducta.	75
2.5.1.2 Teorías acerca de la consumación del delito de robo.	77
2.5.2 El resultado.	82
2.5.3 Nexo causal.	83
2.5.4 La intervención.	84
2.5.5 El bien jurídico protegido.	85
2.5.6 El elemento subjetivo dolo.	86
2.5.6.1 Elemento subjetivo distinto al dolo.	88
2.5.7 Los medios utilizados.	89
2.5.8 El objeto material.	93
2.5.9 Elementos normativos o valorativos.	94
2.5.10 Atipicidad o ausencia de tipicidad en el delito de robo.	101
2.5.11 Antijuricidad.	105
2.5.12 Culpabilidad.	108
2.5.13 Inculpabilidad.	110
2.5.14 Inimputabilidad.	112
2.5.15 Punibilidad.	113

Capítulo III ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO DE ROBO.

3. Iter-criminis. Vida del delito.	117
3.1 La resolución manifestada.	121
3.2 La tentativa.	124
3.2.1 Naturaleza jurídica de la tentativa.	126
3.2.2 Fases de la tentativa.	128
3.2.2.1 Consumación.	136
3.2.3 Penalidad.	143
3.3 El desistimiento.	149
3.4 El arrepentimiento.	150

3.5 Agotamiento.	150
3.6 Participación.	152
3.7 Concurso de delitos.	154

Capítulo IV NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE ROBO, PREVISTO EN EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 371 DEL CODIGO PENAL.

4. Circunstancias del delito.	160
4.1 Procedimiento positivo.	161
4.2 Procedimiento negativo.	162
4.3 Naturaleza jurídica de las circunstancias.	165
4.4 Consecuencias dogmáticas en la aplicación del sistema de las circunstancias del delito.	168
4.5 Criterios para la delimitación entre los elementos esenciales y accidentales del delito. El delito sui generis.	173
4.6 Criterios para la delimitación entre los diversos elementos accidentales. El delito circunstanciado.	
4.6.1 Elementos accidentales del delito.	178
4.6.2 El delito circunstanciado.	179
4.6.2.1 Circunstancias Agravantes y calificantes.	183
4.6.2.2 Circunstancias atenuantes.	185
4.6.2.3 Calificativas.	187
4.6.2.4 Circunstancias agravantes.	189
4.7 Determinación legal e individualización judicial de la pena.	191
4.7.1 Las circunstancias del delito en la determinación legal de la pena.	196
4.7.1.1 Las circunstancias del delito en la determinación del marco legal concreto de la pena; compensación de las circunstancias del delito.	198
4.7.1.2 Las circunstancias del delito en la individualización judicial de la pena; la fijación de la pena exacta dentro de los límites de cada grado.	204
4.8 Cuestiones procesales: prueba y casación.	207
4.9 La motivación de las sentencias y la individualización de la pena.	208
4.10 El control jurisdiccional y el Amparo Constitucional del Arbitrio Judicial.	212
4.11 La penalidad de las figuras delictivas portadoras	

de agravantes específicas.	215
4.12 El tipo penal.	217
4.12.1 Tipicidad y Antijuricidad: tipo de injusto.	228
4.13 Interés, bien y norma.	230
4.14 Principio de legalidad.	240
4.15 Concurso de delitos y agravantes.	247
Capítulo V CONSIDERACIONES CRÍTICAS TENDIENTES A UNA POLÍTICA CRIMINAL.	
5. Política Criminal.	258
5.1 Ubicación de la Política Criminal.	261
5.1.1 Concepto de Política.	266
5.1.2 Función de la Política Criminal.	274
5.1.3 Denominación de la Política Criminal.	277
5.2 Política Criminológica y Derecho.	278
5.3 Política Criminológica y Política Social.	280
5.4 Política Legislativa.	283
5.5 Política Judicial.	285
5.6 Concepto de prevención.	286
5.7 Objetivos de la prevención.	289
5.8 Planificación.	293
5.9 Criterios político-criminales a efecto de tener en cuenta la protección de bienes jurídicos a través del Derecho Penal.	303
5.10 Principio de subsidiariedad del Derecho Penal.	304
5.11 Principio de intervención mínima.	306
5.12 Concepto de pena.	308
5.12.1 Fines de la pena.	309
5.12.2 Otros fines de la pena.	310
5.12.3 Pena privativa de libertad.	313
5.12.3.1 Fines de la pena de prisión.	314
5.12.4 Sanción pecuniaria.	321
Conclusiones.	325
Bibliografía.	331

CAPÍTULO IV

**NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE ROBO,
PREVISTO EN EL PÁRRAFO TERCERO DEL
ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL**

En el presente capítulo, se estudiara si el delito de **ROBO** en análisis, (hipótesis cuando sea cometido por dos o más sujetos sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, asechanza o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), previsto en el artículo 371 párrafo tercero, del Código Penal, deviene a ser por su naturaleza jurídica un tipo circunstanciado agravado, calificado, o un tipo específico, en razón de los elementos que lo integran; por lo que se iniciará analizando el concepto y la naturaleza jurídica de lo que es una circunstancia del delito.

4. Circunstancias del delito.

La doctrina ha utilizado el término *circunstancia*, con significados muy diversos, lo que ha derivado una situación de confusión y polémica, máxime que nuestro Código Represivo, no recoge en su articulado ninguna definición legal de lo que ha de entenderse por circunstancia. Por consiguiente, para determinar el concepto de circunstancia del delito, la doctrina ha utilizado dos procedimientos distintos: “el procedimiento positivo, a efecto de definir qué se entiende por circunstancia y el procedimiento negativo, que señala lo que no es circunstancia.”⁶⁷

⁶⁷ Esteban Juan Pérez Alonso. Teoría General de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. p. 35.

4.1 Procedimiento Positivo.

Como se mencionó en la doctrina se han dado diversas definiciones de lo que debe entenderse como circunstancia con el fin de configurar el sentido técnico-jurídico de este término. Cabe hacer mención, que como elemento común de todas las definiciones, lo es el carácter accidental que se les atribuye, en sus dos aspectos fundamentales:

- Ontológicamente.- que se refiere al hecho o elemento en sí mismo, considerado, resaltando aquí su esencia naturalística como accidente o particularidad de tiempo, lugar, modo, condición, sujeto, objeto, entre las más importantes, que acompañan al delito y no afectan su esencia, sino su forma de aparición.
- Este carácter accidental de las circunstancias se refieren también a la razón de ser o función que desempeñan, que es accidental o accesoria, en cuanto a que no fundamentan el delito ni la pena, sino que ayudan a determinar la gravedad del primero y el quantum de la segunda.* También se les ha atribuido la función de ayudar a la especificación de la ley, ya que debido a su generalidad, las circunstancias sirven para determinar y ponderar cada delito en particular, facilitando, además, la tarea de concreción del juez en el momento de interpretar la norma aplicable a un hecho concreto.

* Sin embargo, la mayoría de los autores en su respectivas definiciones hacen referencia al carácter accidental de las circunstancias, destacando ambos aspectos: ontológico y funcional.

Definir positivamente a las circunstancias como elementos accidentales del delito (*accidentalia delicti*), conduce de inmediato a pensar que tienen su antónimo correspondiente en los elementos esenciales del delito (*essentialia delicti*). Esto ha dado lugar a que haya sido práctica común en la doctrina distinguir entre elementos esenciales y accidentales. Los primeros son entendidos como elementos fundamentales de lo injusto y, por tanto, presupuestos imprescindibles para la existencia misma del delito, mientras que los elementos accidentales no fundamentan su existencia, sino que determinan su gravedad.

Esta distinción se ha establecido principalmente con el fin de encontrar criterios que permitan decidir cuándo un elemento del delito puede ser considerado como esencial o accidental. Lo anterior resulta decisivo por la existencia de circunstancias, y sobre todo, porque del carácter que se les atribuya va a depender de que se esté ante un delito distinto o independiente al tipo base, al tipo cualificado o al delito circunstanciado, respecto al tipo base. Sin embargo, se dice que "son elementos del tipo que tienen, como todos los elementos del tipo, relevancia especial para la determinación del marco penal."⁶⁸

4.2 Procedimiento negativo.

Algunos autores delimitan de forma negativa el concepto de circunstancia, recurriendo al procedimiento de excluir de su ámbito a todos aquellos elementos que no pueden ser catalogados como tales.

⁶⁸ Enrique Bacigalupo. La individualización de la pena en la reforma penal. pp. 62 y 63.

En base a este procedimiento, la autora Alfonso Álamo, excluye también del concepto estricto de circunstancia: a) las características que configuran un tipo cualificado (agravado o atenuado) o un *delictum sui generis*; b) las características constitutivas de delitos especiales; c) las características que, sin llegar a formar una nueva figura de delito, fundamentan una pena diversa; d) las causas de agravación y atenuación por la cualidad o condición del sujeto (las llamadas causas personales de modificación de la pena, es decir, las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma); y el resultado en los delitos cualificados por el resultado.

“Sin embargo, considera circunstancias a las características que no fundamentan una unidad valorativa nueva, con significación normativa propia. Estas características o circunstancias especiales constituyen el llamado delito circunstanciado.”⁶⁹

La doctrina ha discutido de la misma manera si es posible atribuir un fundamento genérico y único al sistema de las circunstancias del delito, distinto al que sea propio o específico, de cada circunstancia en particular. Se ha discutido igualmente si cabe la posibilidad de buscar un denominador común a todas las

⁶⁹ Esteban Juan Pérez Alonso. *op cit.* p. 39.

circunstancias que sirvan de cauce adecuado para su estudio, ya sea en el ámbito de la teoría de la pena o de la teoría del delito.

Desde años remotos la doctrina ha intentado buscar puntos referenciales comunes para otorgar un fundamento unitario y global a todas las circunstancias. Como ya se mencionó en este sentido puede destacarse, en términos muy generales, que los doctrinarios fundamentaron las circunstancias en criterios tales como la mayor o menor gravedad del hecho, alarma social, la magnitud del daño causado, mayor o menor culpabilidad, responsabilidad, peligrosidad del delincuente, entre los más importantes.

Consistiendo las teorías mencionadas en:

1.- **Teoría de la pena.**- consiste en que el delito a veces presenta caracteres accidentales que transforman su fisonomía a efectos de pena, pero estos elementos llamados *circunstancias*, (*de circum stat*), no afectan a la sustancia del mismo, sino que, dejándola intacta, proyectan su eficacia en la medición de la pena, o mejor aún modifican la responsabilidad criminal.

2.- **Teoría del delito.**- un número importante de estudiosos en el tema, considera a la teoría del delito como el lugar sistemático adecuado para analizar el fundamento de las circunstancias. En este sentido, se afirma que la razón de ser de las mismas ha de encontrarse en la mayor o menor gravedad del contenido del injusto del hecho o en la mayor o menor culpabilidad del autor por el hecho realizado. Ello significa que las circunstancias, aunque produzcan

sus efectos en la determinación de la pena, han de venir referidas previamente a la teoría del delito, en dónde gradúan lo injusto y culpabilidad, es decir, donde determinan la mayor o menor gravedad del delito. Por ello, el *quantum* de la pena a imponer, como consecuencia jurídica por el delito cometido, va a depender precisamente de la concurrencia o no de circunstancias agravantes o atenuantes, es decir, de la mayor o menor gravedad del delito.

Sin embargo, algunos autores rechazan o ponen en duda esta tesis de que las categorías clásicas de la teoría del delito deban explicar necesariamente todo el fenómeno delito-pena. En este sentido, Quintero Olivares, señala críticamente que “la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, en virtud de que el contenido de esos conceptos se han discutido, puede suceder que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal.”⁷⁰

4.3 Naturaleza jurídica de las circunstancias.

Con respecto a la naturaleza jurídica de las circunstancias, cabe decirse, que los doctrinarios en este tema, han intentado otorgar una naturaleza común a todas las circunstancias del delito. Así, por

⁷⁰ Ibid. p. 42.

ejemplo, Silvela, atribuyó de forma global carácter objetivo a las agravantes, mientras que consideró a las atenuantes de carácter subjetivo. Por el contrario, otros autores no distinguen entre agravantes o atenuantes, sino que tratan a todas bajo el mismo punto de vista, afirmando que todas ellas son de naturaleza subjetiva y personal, puesto que representan una mayor peligrosidad del autor del hecho realizado.

Otro sector doctrinal importante en el estudio de este tema, ha analizado individualizadamente cada circunstancia para adscribirle la naturaleza que le corresponda entre las objetivas, subjetivas o mixtas en función de sus elementos estructurales, con independencia de que sea agravante o atenuante.

En este orden de ideas, la doctrina española, siguiendo a la doctrina italiana, ha empleado un nuevo procedimiento para determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias, consistente en diferenciarlas de otros institutos jurídico-penales afines, con los que se pueden suscitar algunas dudas. Se trata de determinar su naturaleza jurídica mediante un procedimiento negativo, por exclusión, con el fin de incluir a las circunstancias una categoría jurídica superior o más genérica.

A este respecto la autora Alonso Álamo, ha constatado la falta de relación existente entre las circunstancias del delito con los elementos accidentales de la teoría del negocio jurídico, así como con las condiciones objetivas de punibilidad.

No obstante, para tener una visión general del modo de proceder por parte de la doctrina en esta materia, se hará mención a una de las consecuencias prácticas a la que han llegado algunos autores en aplicación del sistema antes mencionado, nos referimos a la relación establecida entre la comunicabilidad de las circunstancias con su fundamento y naturaleza jurídica.

Para ello el autor Diez Ripolles, señala que por un lado, no existe una vinculación absoluta entre el carácter objetivo o subjetivo de las circunstancias y su fundamento, ya que pueden hallarse elementos objetivos en la culpabilidad y subjetivos en la antijuricidad, y por el otro, ha puesto de manifiesto que tampoco existe una vinculación definitiva y unívoca entre el injusto y culpabilidad.

En consecuencia, puede afirmarse que el tratamiento jurídico-penal dado mayoritariamente a las circunstancias del delito se ha derivado de un sistema de conceptos y principios previos, constituido básicamente por el concepto, fundamento y naturaleza jurídica de las circunstancias.

Esta forma de proceder esta muy próxima al tecnicismo jurídico porque se parte del hecho de la plasmación legal de las circunstancias como elementos accidentales del delito que sólo vienen a determinar la gravedad de la pena.

4.4 Consecuencias dogmáticas en la aplicación del sistema de las circunstancias del delito.

En el ámbito específico de las circunstancias del delito, el empleo del método técnico-jurídico,* ha conducido a un excesivo formalismo en el planteamiento de los problemas y a una gran complejidad en sus soluciones, sin que de buenos resultados en la búsqueda de soluciones adecuadas a las cuestiones que aquí se presentan. Sin embargo, se cree que partiendo de otros presupuestos metodológicos, se puede llegar a otras soluciones más satisfactorias en relación al tratamiento jurídico de los elementos accidentales del delito.

Tanto Bacigalupo como Maqueda Abreu, reconocen que todas las circunstancias agravantes responden a idénticos fundamentos dogmáticos y político-criminales, y sostienen, además, que las diferencias existentes entre ellos son puramente formales y de intensidad penológica, es decir, de técnica legislativa, en cuanto a que dependen de la voluntad del legislador el que una circunstancia se formule con carácter general, para todos los delitos, o que sea específica, para un delito o grupo de delitos.

El método tópico de resolución de casos problemáticos, en materia de circunstancias agravantes, ha sido ya puesto en práctica por Fabry en Alemania. Este autor señala que este método de argumentación deductivo no conduce a una solución adecuada para

* Es el método tradicionalmente empleado por la doctrina penal para el estudio y sistematización del Derecho Penal: es una derivación del método de la filosofía positivista utilizado por la dogmática.

determinar la naturaleza jurídica de los casos especialmente graves y de los ejemplos típicos, que son motivos o circunstancias de agravación penal, entendidos bien como elementos de un tipo cualificado, bien como simples reglas de determinación de la pena.

En la doctrina española Cuello Contreras, adopta una técnica similar en relación al delito *sui generis* (autónomo). En esta misma línea se propugna un tratamiento tópico en el tema de los elementos accidentales del delito que respete al máximo la seguridad jurídica y las exigencias básicas del sistema penal, pero guiado especialmente por la idea de alcanzar soluciones acordes con criterios de justicia material. Se trata de una técnica orientada a la resolución de los casos más controvertidos en alguna de las cuestiones jurídico-penales como la tentativa, participación y error, para inferir de estas soluciones particulares criterios de aplicación general a todas las circunstancias del delito, ya sean genéricas o especiales.

De lo anterior, es importante señalar que a la hora de proteger penalmente un determinado bien o interés jurídico-social, el legislador establece un tipo penal como punto de partida, en el que describe la conducta típica básica y la culmina con una determinada sanción penal. A partir de ahí formula con distintas técnicas legales una serie de agravaciones y atenuaciones de la pena, fundamentales en la mayor o menor gravedad de lo injusto o culpabilidad, y establecidas en función de muy diversos criterios, como la gravedad del resultado producido, la peligrosidad de la conducta realiza, la

condición del sujeto activo, el daño causado, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión, entre las más importantes.*

De esta forma, el legislador establece una jerarquía valorativa entre la gravedad de la puesta en peligro o lesión de un determinado bien jurídico y la consecuencia jurídico-penal a aplicar, de tal manera que cuando exista una importante diferencia valorativa, principalmente, en la gravedad de la acción o desvalor de la acción, o del resultado producido (desvalor del resultado), respecto a la conducta típica base, se agravará o disminuirá la pena a imponer.

El texto punitivo español, acude a una gran diversidad de técnicas y criterios para la formulación de los motivos o circunstancias que agravan o atenúan la pena (tipos agravados por el mayor desvalor de la acción que conllevan la pena de prisión menor en grado medio a máximo); por los medios peligrosos empleados (violencia física o moral), tipos agravados por el mayor desvalor del resultado; resultados muy graves producidos *de propósito*, conllevan la pena de prisión mayor; resultados muy graves o graves no producidos *de propósito*, conllevan la pena de prisión menor en grado medio o máximo). **Estas circunstancias son elementos accidentales del delito, en cuanto que tienen la misión de determinar la gravedad del contenido de lo injusto o de la culpabilidad del autor por el hecho realizado y, por tanto, deben ser diferenciados de los**

* Como lo hace el juzgador al momento de dictar su fallo, basándose en los artículos 51 y 52 del Código Penal (arbitrio judicial).

elementos esenciales del delito que tienen la misión de fundamentar la existencia del mismo.

Dentro del ámbito de los elementos accidentales en la doctrina española, se distinguen diversas categorías de circunstancias como son: las circunstancias genéricas, las que estando previstas para un delito o grupo de delitos de forma específica en la Parte Especial del Código Penal, aumentan o disminuyen la pena del tipo base (circunstancias que pueden dar lugar a los tipos cualificados o a lo que un sector de la doctrina denomina delito circunstanciado) y las circunstancias que están previstas igualmente en forma específica para un delito o que están previstas igualmente de forma específica para un delito o grupo de delitos, dando lugar a lo que otro sector de la doctrina denomina *delito sui generis* o independiente, en cuyo caso la circunstancia deja de ser elemento accidental para ser esencial del tipo autónomo.

Los problemas fundamentales que se presentan en materia de circunstancias son las siguientes:

1.- En primer lugar, el de proporcionar un criterio convincente que sirva para sustentar la decisión de cuándo se está en presencia de un elemento accidental o esencial del delito. Se trata de determinar cuándo un elemento del delito se tomará en consideración sólo para graduar la gravedad de la infracción (elemento accidental), o en otro caso, cuándo fundamenta el delito mismo (elemento esencial).

2.- En segundo lugar, habría que determinar si las circunstancias específicas se toman en consideración sólo para evaluar la gravedad del tipo básico o si, por el contrario, la incorporación de una circunstancia agravante o atenuante a un tipo base puede determinar el nacimiento de una unidad valorativa nueva, de tal manera que esa característica deje de ser circunstancia para convertirse en un elemento esencial de ese nuevo y distinto delito.*

3.- En tercer lugar, habría que determinar los elementos accidentales entre sí, es decir, si es posible establecer distintas clases de circunstancias o si, por el contrario, pueden agruparse bajo un denominador común, llámasele elemento accidental del delito, por cuanto que todas ellas responden a un mismo fundamento y naturaleza. Con este propósito se analizará también la figura del llamado delito circunstanciado, para determinar si puede considerarse como una nueva categoría de circunstancia con efectos jurídicos propios y distinta de los tipos cualificados.

4.- En último término, se debe dar respuesta a la cuestión de si es posible mantener el criterio de la unificación del tratamiento jurídico para todos los elementos accidentales del delito, con independencia de su formulación legal (genérica o específica), o si deben ser tratados de forma distinta.

* Lo que da origen a un tipo autónomo o específico, como sucede con el tipo en análisis; ya que al contener en su descripción legal los elementos "cuando sea cometido por dos o más sujetos" y "a través de la violencia", los mismos se convierten en elementos esenciales del delito necesarios para la acreditación del mismo.

4.5 Criterios para la delimitación entre los elementos esenciales y accidentales del delito. El delito *sui generis*.

En el presente tema, es conveniente analizar los dos primeros problemas de manera conjunta, pues en el caso de las circunstancias específicas generadoras del delito *sui generis* o delito autónomo se plantea el mismo problema que en el primer caso, es decir, el de buscar criterios que permitan distinguir los elementos accidentales de los esenciales, con el propósito de saber cuándo la incorporación de una circunstancia o característica a un tipo base deja de ser un *plus* para transformarse en un *alud*. En otras palabras cuándo deja de ser un tipo cualificado para convertirse en un tipo independiente o *sui generis*, por que constituye una estructura jurídica unitaria con una nueva jerarquía valorativa, contenido, vida jurídica y ámbito de aplicación propios, y enjuiciamiento autónomo en relación al marco penal, penas accesorias y presupuestos procesales.

“La mayoría de los autores que se han ocupado de esta cuestión, han establecido un concepto formal de circunstancia, caracterizado fundamentalmente por la nota de accidentalidad, la cual se manifiesta en dos planos: el ontológico y el funcional; es decir, en cuanto accidente o hecho natural de tiempo lugar, modo, etc., y en cuanto desempeña una función accesoria, ya que no fundamenta el delito, pero sí evalúa su gravedad. Esta misma línea ha seguido la doctrina italiana para distinguir entre elementos esenciales y accidentales, y sobre todo, para determinar elementos configuradores del delito circunstanciado, dan lugar a un delito independiente o, si

por el contrario, como sostiene la doctrina mayoritaria, son elementos que agravan o atenúan la pena del delito base.⁷¹

Por consiguiente, la autora Alonso Álamo, señala, que un hecho o característica puede ser valorado legislativamente como elemento esencial o circunstancial. La misma puede cumplir funciones diferentes; esta distinción puede realizarse sólo en el plano jurídico a través de un proceso de interpretación. El método que propone esta autora es un método teológico-valorativo, ya que las propiedades materiales u ontológicas se muestran insuficientes para distinguir entre elementos accidentales y esenciales del delito, y por ello acude a la valoración legislativa, es decir, a su significación normativa.

En base a esto, se entiende que para verificar la presencia de una circunstancia se ha de atender a la norma como realidad unitaria, es decir, tanto al *praeceptum legis* como a la *sanctio legis*. Siguiendo este orden de ideas, la autora antes citada afirma que la interpretación aislada del *praeceptum legis*, no siempre es suficiente para decidir si un hecho, dato, relación o características, es circunstancia o elemento esencial, a veces resulta ser decisivo, la pena criminal. Las circunstancias gradúan la pena previamente establecida o determinan, en su caso, su aumento o disminución.*

⁷¹ *Ibid* p. 102.

* Sin embargo, este criterio no tiene virtualidad absoluta para determinar si un elemento es esencial o accidental, sino que puede servir como un criterio complementario o auxiliar, pero no definitivo.

Haffke y Hassemer, sostiene que un delito se encuentra en relación de un delito *sui generis*, respecto a otro cuando en alguno de los extremos que se han referido (error, participación, tentativa), la existencia de algún defecto en los elementos constitutivos del tipo cualificado no determina sin más el paso al tipo básico, es decir, cuando el tipo cualificado no es un *plus* respecto al básico, sino un *aliud*, por lo que la ausencia de alguno de los elementos constitutivos de la cualificación no determina la entrada automática del tipo básico subsidiario. En otro caso no, y sólo se podría hablar de tipo cualificado y no autónomo.

El concepto del delito *sui generis*, supone una estrecha relación entre dos tipos penales, lo que obliga a tener en cuenta uno de los tipos en el proceso de interpretación del otro. Elemento necesario en la interpretación del tipo especial es el tipo básico; lo que significa que éste limita, condiciona y posibilita la interpretación de aquél. Por lo tanto, el problema se concreta a una cuestión de interpretación de dos tipos penales para comprender globalmente el caso controvertido, por ello la labor del intérprete, con el fin de aplicar la pena adecuada al caso concreto, consiste en la búsqueda de entre los posibles tipos concurrentes, aquél que mejor proponga una solución más justa, basada en la medida de sus penas.

Este criterio seguido por parte de la doctrina española y alemana para distinguir entre delito *sui generis*, y delito cualificado, en función de que la existencia de un defecto en los elementos constitutivos de un tipo cualificado determine o no el paso al tipo básico, nos parece el

camino adecuado para distinguir entre elementos esenciales y accidentales del delito.

Por ello, cuando se trata de un delito *sui generis*, independiente o autónomo, no se está haciendo referencia a una nueva categoría de delito, sino que este término es instrumentalizado como criterio de referencia para determinar cuándo la presencia de un determinado elemento o circunstancia no puede ser considerado como constitutivo de un tipo cualificado respecto a un delito base, es decir, como un añadido a los elementos configuradores del delito base que lo hace específico respecto de éste, sino que ese elemento tiene tal entidad que da lugar a la existencia de un delito distinto y totalmente independiente o ajeno respecto a otro delito con el que guarda alguna relación.

De lo anterior, se deduce que nos encontraremos en presencia de un elemento esencial cuándo éste sea constitutivo del tipo de injusto, es decir cuando éste intervenga sólo para graduar la gravedad de lo injusto o culpabilidad del autor por el hecho realizado.*

Por tanto, puede decirse que cualquier circunstancia será un elemento esencial, fundamentador del injusto penal, si suprimida mentalmente no es posible la existencia de este delito, y además tampoco cabe remitirse a un delito base. Por lo contrario, una circunstancia será un elemento accidental, determinante de la

* El concepto del delito autónomo desempeña únicamente una función de ordenación, y no pueden deducirse de él consecuencias dogmáticas.

gravedad de lo injusto o culpabilidad, si suprimida mentalmente es posible todavía la estimación del tipo base.

Octavio de Toledo E. y Huerta Tocildo, entienden que elementos esenciales son aquellos cuya ausencia determina la imposibilidad de apreciar tanto el tipo básico o fundamental del delito de que se trata, cuanto cualquier figura típica derivada de aquél (agravada o privilegiada). Accidentales son en cambio, los que inciden sobre el tipo básico generando un tipo cualificado o atenuado (circunstancia específicas de agravación o atenuación), y aquellos otros que sin dar origen a un tipo distinto aumentan o disminuyen la pena prevista para la realización del tipo al que aparecen referidas (circunstancias genéricas agravantes o específicas).

Este criterio ha sido extraído del ámbito de los delitos especiales, de tal forma que cuando se refiere a los elementos esenciales del delito se está sometido finalmente, al mismo tratamiento jurídico-dogmático que el de los elementos constitutivos de los delitos especiales propios. Por el contrario, los elementos accidentales del delito coinciden en su tratamiento jurídico con el de los elementos integrantes de los delitos especiales.

“Las circunstancias genéricas, así como las circunstancias específicas, son elementos accidentales del delito, por cuanto en el caso de presentarse un defecto sobre las mismas es posible todavía, al menos, acudir al tipo básico, ya que sólo representan un *plus* (agravantes), que las hace específicas respecto al tipo base. Por el

contrario, las circunstancias configuradoras de los delitos *sui generis*, son elementos esenciales de la infracción penal, puesto que en caso de presentarse algún defecto en ese elemento (esencial), no es posible la existencia de ese delito ni de ningún otro.⁷²

De lo anteriormente expuesto, surge la controversia en el sentido que sí la categoría del delito *sui generis* coincide finalmente con la categoría de los delitos especiales propios o sí, es una categoría de delito más amplia que abarca como delitos fundamentales o básicos, por cuanto que aparecen como una estructura jurídica unitaria con su propia jerarquía valorativa, el cual puede estar configurada con alguna circunstancia específica de agravación o atenuación que dan lugar a tipos agravados o atenuados respecto a ese delito fundamental o básico y que, además, tiene un contenido y ámbito de aplicación propios.

4.6 Criterios para la delimitación entre los diversos elementos accidentales. El delito circunstanciado.

Elementos accidentales del delito.

La doctrina española, cuando se ocupa del estudio de los elementos accidentales del delito, distingue la existencia de dos clases principales que son: las circunstancias modificativas en sentido estricto y las generadoras de los delitos agravados o atenuados. A

⁷² *Ibid* p. 108.

pesar de esta clasificación ambas quedan englobadas en un concepto más genérico de elemento accidental o circunstancia, ya que responden al mismo fundamento dogmático y naturaleza, aunque con técnica legislativa diferente.

Las circunstancias en sentido estricto son aquellas previstas en la parte especial del Código Penal, incluye tanto a las genéricas como a las específicas, todo hecho, relación o dato concreto determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad; en tanto las circunstancias configuradoras de los tipos cualificados son aquellas circunstancias previstas de forma específica para algún delito o grupo de delitos con la finalidad de determinar la gravedad de lo injusto o culpabilidad.

Bustos Ramírez, señala que las circunstancias tienen por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración gradual de las valoraciones que lo componen e, igualmente en relación al sujeto activo, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales.

4.6.1 El delito circunstanciado.

No obstante a lo mencionad, la autora Alonso Álamo, entiende que existe una categoría intermedia entre las circunstancias constitutivas de los tipos cualificados y las circunstancias en sentido estricto. En

concreto se refiere a la categoría del delito circunstanciado. Esta autora advierte que en algunos tipos de la parte especial del Código Penal, aparecen previstas determinadas circunstancias accidentales que no fundamentan una nueva figura de delito ni una pena legal.

De esta manera, llega a deducir que son circunstancias las características que no fundamentan una unidad valorativa nueva, con significación normativa propia ni, por ello, una pena legal. Estas circunstancias o características especiales constituyen el llamado delito circunstanciado.*

La figura del delito circunstanciado es una aportación de la doctrina italiana, como categoría distinta a los tipos independientes o autónomos y a los delitos básicos simples. En este sentido Antolisei, señala: que la presencia de una circunstancia transforma el delito simple en delito circunstanciado. En delito circunstanciado deben existir todos los requisitos del delito simple; la circunstancia es siempre un *plus*. Esta figura delictiva tiene su régimen jurídico propio.

Sin embargo, existe una discusión doctrinal importante, en torno a si los elementos configuradores de los delitos circunstanciados pueden considerarse elementos esenciales, de tal manera que su presencia daría lugar a una figura delictiva independiente y distinta a la de tipo básico, o si, por el contrario,

* Los elementos constitutivos de los delitos *sui generis* y de los tipos cualificados son elementos esenciales, aunque estos últimos no son llevados a sus últimas consecuencias, sino que dependen del tipo base.

como sostiene gran parte de la doctrina italiana, son meros elementos accidentales que vienen a graduar la gravedad del delito base y que, por tanto, no gozan de autonomía propia. Por ello se dice que la relación entre el delito base y el delito circunstanciado es una relación de género a especie.

La cuestión del delito circunstanciado y el régimen jurídico aplicable al mismo, es objeto de polémica en la doctrina española principalmente en relación a las circunstancias agravantes previstas específicamente en los delitos contra la propiedad y el patrimonio.

A este respecto Alonso Álamo, cree encontrar base suficiente para admitir la figura del delito circunstanciado como categoría jurídica distinta a la de los tipos cualificados. Por ello, Ruiz Antón, al tratar la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de las circunstancias que agravan la pena en los delitos de robo con violencia e intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas. Este autor entiende que son meras circunstancias accidentales que vienen a sumarse a las características esenciales de cada delito, en cuanto a que no afectan a la sustancia del delito, sino que más bien proyectan su eficacia en el grado de pena que corresponde imponer. Y de tal naturaleza jurídica deduce su régimen jurídico, que no es otro que el de las circunstancias genéricas.

Rodríguez Devesa, afirma que ante las circunstancias que agravan un tipo penal, no estamos ante circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino ante elementos integrantes del

tipo que determinan la imposición de una pena más grave dentro de cuyos límites deberán entrar en juego las agravantes o atenuantes genéricas a efecto de determinar la pena concreta que proceda imponer con arreglo a las reglas generales para la determinación de la pena.

Los tipos cualificados o agravados de sus respectivos tipos básicos, no son meras circunstancias agravantes, sino que al introducir nuevos elementos normativos constituyen un subtipo penal o delito cualificado de superior infracción criminal con diferente y más grave pena, integrada en parte por el propio delito base y en parte por las nuevas exigencias de la conducta que modifican el contenido de aquél y legislativamente restringen el arbitrio judicial.

Cabe destacar que gran parte de la jurisprudencia y de la doctrina española, entienden que las circunstancias especiales generadoras del delito circunstanciado no son más que elementos accidentales que dan lugar a los tipos cualificados en relación a un tipo básico, que contiene todos los elementos esenciales, es decir, que todos los tipos cualificados están formados por los mismos elementos esenciales del tipo básico, pero, además, contienen un elemento agravatorio específico del tipo fundamental.

Por lo que todas las circunstancias del delito, ya sean genéricas o específicas, tienen la misma naturaleza típica, es decir, son elementos conformadores del tipo penal correspondiente, al que vienen a graduar en su gravedad.

De igual forma cabe hacer mención que algunas veces es imposible comprender en un solo tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito. Sucede esto cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuricidad o la culpabilidad y el legislador ha creído conveniente tener en cuenta expresamente estas circunstancias para crear otros tipos derivados del tipo básico.

4.6.1.1 Agravantes y Calificantes.

Es fácil y común la noción según la cual se distingue la agravante del elemento constitutivo del delito: este es esencial, aquella se agrega; sin este el delito deja de existir o se convierte en un delito distinto; con aquella, por el contrario, el delito, a pesar de seguir siendo el mismo, adquiere mayor gravedad.

“Sin embargo, un mismo elemento puede ser constitutivo de un delito y circunstancia agravante de otro, así como de acuerdo con una legislación la reunión de dos elementos produce un delito agravado, al paso que, según otra, la reunión de los mismos elementos conduce a un delito nuevo.”⁷³

Las diferencias prácticas a que da lugar un elemento circunstanciado agravante o elemento constitutivo de un delito, son diversas, sea en cuanto a que se refiere a la noción del delito mismo, sea en cuanto se relaciona con el concurso de delitos, por lo que hace

⁷³ Bernardino Alimena. Delitos contra la persona, p. 165.

a la eficacia de las agravantes y excusantes, así como por lo que atañe a la comunicabilidad de las llamadas circunstancias, o en cuanto se refiere a ciertos institutos procesales.

Nuestro legislador se limita, por lo regular, a indicar las circunstancias agravantes o las figuras más graves del delito, y en cuanto al robo, estas figuras más graves se subdividen en dos grupos, los cuales no presentan una misma gravedad; en cuanto al homicidio, en cambio, se distinguen las circunstancias que se suelen llamar agravantes de las denominadas calificantes.

Las unas, por más que acrecienten la criminalidad del hecho, no tienen fuerza suficiente para modificarlo sustancialmente en sus efectos, y por ello no conducen sino a un aumento del mínimo de la pena señalada para el caso simple; en tanto que las otras le imprimen al homicidio una muy especial gravedad. O bien por el objeto de la muerte, o por la peligrosidad o brutalidad del reo, o por la conexidad con designios criminosos diversos. Pero esta distinción, no obstante ser tradicional, carece de valor intrínseco.

Las agravantes surgen de tres elementos: el daño, la menor posibilidad de defensa y la temibilidad del delincuente.

Se piensa que la clasificación más simple es precisamente la siguiente, la cual distingue las agravantes en primer lugar, según el fin, luego, según la intensidad del dolo, y por último, según el medio empleado.

4.6.1.2 Circunstancias Atenuantes.

Son las que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez una disminución en la pena con respecto al delito simple.

“Son circunstancias con entidad legislada, previstas para el desarrollo de la conducta, derivadas de un mismo núcleo consideradas en función del comportamiento de los interaccionistas, de la forma de ejecución o del resultado, que al ser realizadas merecen menor penalidad, es decir, el legislador logra imponer una sanción justa y adecuada al caso concreto, cuando la desprende del análisis detallado de la pequeña, regular o enorme gravedad del hecho producido, por lo que una circunstancia atenuante son las que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez una disminución de la pena con respecto al delito simple.”⁷⁴

De esta se observa, cómo el arbitrio judicial entra en acción para valorar tales circunstancias y a virtud de ello, se impone la sanción mas ajustada a la realidad del comportamiento.

Como antecedente mas específico se tiene el proyecto italiano de 1921, o proyecto Ferri, en el cual se advierten entre otras hipótesis de atenuación las siguientes:

- “La honradez del sujeto activo (a niveles personal, familiar o social);

⁷⁴ José Arturo González Quintanilla. Derecho Penal Mexicano. p. 661.

- el obrar por motivos excusables de interés público;
- el actuar por un estado de pasión excusable, vg. emoción,
- por intenso dolor o por temor;
- el manifestarse por sugestión de una muchedumbre,
- el haber pugnado, espontáneamente la disminución de las consecuencias del delito o procurado resarcir el daño;
- el haber confesado por arrepentimiento el delito cometido aún no descubierto pero antes de ser interrogado por un juez.⁷⁵

De igual forma, en el proyecto argentino del año de 1866, entre los motivos de atenuación se señalan:

- A.- Que el culpable del ilícito no esté en posibilidad de comprender la gravedad del mismo,
- B.- Que el agente actúe en consecuencia de una amenaza que el activo obre impelido por miseria,
- C.- Que el delito se produzca por un arrebato pasional o se entregue el sujeto activo, por si mismo a la justicia.

En nuestro Derecho Penal, tenemos como circunstancias atenuantes: el duelo, la riña. VGR. Homicidio cometido en riña, poner en libertad al secuestrado antes de tres días, sin haberle causado perjuicio, o sin practicar el acto sexual.

En este orden de ideas, el Código Penal, en su artículo 370, establece en su contenido la penalidad que se ha de imponer al sujeto activo al momento de individualizar la pena en un caso determinado,

⁷⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, p. 464.

tomando como base el monto de lo robado, siendo que en el tipo de ROBO en análisis, uno de sus elementos lo es sin importar el monto de lo robado, siempre y cuando sea cometido por dos o más sujetos por medio de la violencia, asechanza o cualquier circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventajas, se impondrá una pena de 5 cinco a 15 quince años de prisión y hasta mil días multa; por lo que este caso en específico, no constituye una circunstancia atenuante del delito de robo, debido a su penalidad.

4.6.1.3 Calificativas.

Son aquellas circunstancias que agravan la penalidad del sujeto activo con respecto al delito simple, es decir, “son circunstancias con entidad legislada, previstas para el desarrollo de la conducta, derivadas de un mismo núcleo, consideradas según la calidad y número de los intervencionistas, o de la forma de ejecución, incluyendo cosas y lugares, que al ser realizadas merecen mayor penalidad, mismas que la determinar el legislador sin opción para el Juez.”⁷⁶ Como ejemplos de dichos supuestos son:

a).- En función a los intervencionistas: corrupción de menores realizado por ascendientes; participación en el delito contra la salud por parte de servidores públicos encargados de prevenir e investigar la comisión de tales delitos;

⁷⁶ José Arturo González Quintanilla, op cit p. 661.

b) En atención a la forma de ejecución: homicidio realizado con ventaja, alevosía, traición, motivos depravados, brutal ferocidad o utilizado explosivos.

Las calificativas funcionan con mas objetividad, tratándose de los delitos de las lesiones y del homicidio, y estas resultan ser la premeditación, la ventaja, la alevosia y la traición.

1.- La premeditación es una actitud reflexiva y relativamente prolongada de una acción u omisión, que por su propia naturaleza agrava la responsabilidad penal del sujeto activo. El concepto es determinable conforme a lo siguientes:

- a) cronológico, que se presenta por el transcurso de cierto lapso entre la resolución criminal y la ejecución delictiva;
- b) el moral, que es la reflexión y persistencia en el propósito;
- c) el psicológico, que se manifiesta por la calma y frialdad de ánimo con la que se prepara el delito;
- d) el de motivos depravados; por la perversidad de los motivos y el goce del sujeto activo en la realización del delito, y
- e) la disminución de la defensa, por la situación en la que se coloca a la víctima cuando su atacante haya obrado conforme a tal agravante.

Deduciéndose de lo anterior que la razón esencial de la premeditación encuentra su mayor intensidad de la antisocialidad y alarma para los sentimientos valorativos de la colectividad.

2.- La ventaja es la superioridad del agente con la víctima y la invulnerabilidad que guarda frente a ella. Se acredita cuando el delincuente no corre riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendido y además tiene certeza de su situación, es decir, está consciente de la superioridad o supremacía que tiene con relación al pasivo del delito.

3.- "La alevosía es toda cautela empleada para asegurar la comisión de un delito, generalmente con riesgo para el propio delincuente; se dice que es toda actuación con insidia o toda manifestación que tiende a ocultar el cuerpo y el arma por actos simulados o bien es un acto prohibido que se efectúa so pretexto y apariencia de fidelidad. Por tanto obra alevosamente quien para matar a su víctima, la ataca en el momento que no se da cuenta de que corre el peligro de ser agredida."⁷⁷

4.- La Traición consiste en una alevosía específicamente cualificada, porque concurre la perfidia que es la deslealtad o quebrantamiento de la fe y seguridad debidas, que expresa o tácitamente se promete o debe por las relaciones de parentesco, gratitud u otro vínculo que inspire confianza.

4.6.1.4 Circunstancias agravantes.

Son aquellas que sin tener entidad típica legislada, influyen para aumentar la penalidad, es decir, sin constituir una calificativa,

⁷⁷ José Arturo González Quintanilla, *op.cit* p. 464.

orientan al criterio judicial para imponer una sanción mayor, dejándolo al arbitrio del juzgador.

“Las circunstancias agravantes, nos ubican en el principio general de que la medida de la sanción destinada a un obrar delictivo, deriva de la gravedad del hecho, la que se valora conforme a diversos criterios: primero, tendencia del daño social; segundo, la *spinta criminosa*, y tercero, el deber violado.”⁷⁸

Para tener conocimiento acerca de cómo se llevó a cabo la conducta delictiva, es importante tomar en cuenta las circunstancias del propio obrar y que el arbitrio judicial haga su aparición para individualizar en forma correcta la sanción destinada al infractor, porque concluir que alguien obró en el extremo de una agravante y que es merecedor de mayor penalidad, sólo redundaría en el perjuicio de él y en nada afecta a la sociedad.

Como ejemplos se pueden mencionar el robo ejecutado con violencia en las personas o en las cosas, que es motivo de aumento en la sanción y equivale a una agravante.

En el proyecto italiano, conocido como proyecto Ferri de 1921, se señalan circunstancias reveladoras de mayor peligrosidad en el agente del delito, entre las que destacan los precedentes penales, las anormales condiciones orgánicas y psíquicas anteriores, durante y

⁷⁸ *Ibid* p. 463.

posteriores al delito que no constituye enfermedad mental pero que indican tendencia criminal, precocidad en la comisión de un delito grave, el aprovechamiento de las dificultades para defenderse del ofendido, las insidias y engaños del activo, la ejecución del delito aprovechándose de una calamidad pública, el abuso de condiciones inferiores del ofendido, etc. En forma similar el proyecto argentino de 1866, observa como indicadores de mayor peligrosidad y en consecuencia de agravación de la pena, los numerosos deberes violados, la mayor audacia, coraje, malicia o fuerza corporal impuesta, gran perversidad, los motivos innobles, antecedentes penales, preparación minuciosa del delito, entre las más importantes.

4.7 Determinación legal e individualización judicial de la pena.

Cuando la doctrina científica se acerca al estudio del Derecho Penal, distingue de forma habitual entre el círculo de problemas referido a los presupuestos de la pena y el círculo de problemas referido a su individualización. La teoría jurídica del delito, tiene como misión fundamental determinar el sí de los presupuestos de la pena, es el centro de gravedad por el que se ocupa y preocupa la dogmática. La teoría de las consecuencias jurídicas del delito, tiene como misión principal determinar el cómo, de la individualización de la pena, sin embargo no ha sido objeto de atención por parte de la dogmática jurídico-penal.

No obstante, ambos extremos constituyen la esencia del Derecho Penal, ya que difícilmente podrá comprenderse bien el Derecho Penal,

si nos olvidamos de alguno de ellos, prácticamente en este apartado se estudiaran los problemas con respecto al tratamiento de su individualización.

“Por determinación de la pena puede entenderse, de forma muy genérica, el proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal. Dicho proceso comienza con una sanción que se desarrolla a través de una serie de reglas que determinan legalmente el marco penal y termina en fases posteriores, es decir, con su individualización judicial, administrativa o penitenciaria.”⁷⁹

En el sistema de determinación legal e individualización judicial de la pena español, se facultaba al juez para determinar la pena atendiendo discrecionalmente a las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes. Este sistema, según Bacigalupo, carece de fundamentación político-criminal y responde a las concepciones liberales de la época (1848), sobre todo en lo concerniente a la proclamación y respeto absoluto al principio de legalidad penal; es decir, no hay posibilidad de expresar un fundamento político-criminal razonable a través del texto legal y en una forma dogmáticamente legítima.”*

⁷⁹ Esteban Juan Pérez Alonso. Teoría General de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, pp. 291 y 292.

Con el triunfo de las ideas de la ilustración y del movimiento codificador, nuestro legislador se propuso acabar con el sistema de aplicación de las penas del antiguo régimen, el cual estaba dominado por un desmedido arbitrio judicial que en muchos casos permitía al juez la imposición de penas absolutamente arbitrarias y la modificación de las penas ordinarias. El movimiento reformista nacido de la ilustración impuso el sistema opuesto a los principios de división de poderes y de supremacía de la ley que llevaron a establecer en ésta, la pena a imponer en cada caso, con plena subordinación a la misma de la decisión del juez.

En el ámbito de la aplicación de la pena, pugnan dos exigencias contradictorias: de una parte, los requerimientos de concreción y certeza que derivan del principio de legalidad y, de otra, la necesidad de adaptar la pena al hecho concreto y al delincuente particular, tanto por razones de utilidad y conveniencia, a efecto de impartir justicia.

El Código Penal español, en atención al principio de legalidad y justicia, ha optado por el primero en detrimento del segundo, es decir, el legislador determina la clase y el quantum de la pena, para obtener el marco penal concreto en el que puede moverse el juez.*

Por lo que puede decirse que el Derecho Penal español sigue un sistema de determinación legal del marco penal, previo a la individualización judicial de la pena, siendo que la prevención general debería constituir el único fin de la pena en el estadio de la culminación típica e individualización legislativa solamente las exigencias de la prevención especial deberían entrar en consideración en el estadio de la individualización judicial de la sanción; siendo que el sistema de determinación de la pena comprende:

Fase de determinación legal.

En esta fase se fija la pena que se considera suficiente para impedir los potenciales hechos delictivos, atendiendo a criterios de

* En este sistema se advierten ventajas y desventajas; entre las primeras se encuentran: el respeto al principio de legalidad, la defensa de la seguridad jurídica, la limitación de las excesivas funciones judiciales y entre las segundas, lo difícil de su comprensión y aplicación a un determinado caso.

proporcionalidad, con el momento legislativo tipicidad-conminación, se persigue la evitación de conductas perjudiciales para intereses que se han decidido proteger, esto es la prevención general, en el momento conminativo el Estado establece una cantidad de sanción que considera suficiente para ejercer la función organizadora del consentimiento social, llámesele coacción, intimidación, prevención general o motivación según los estudios y el modo en que lo haga.

En esta fase, compete a la ley, desde su generalidad establecer el marco penal abstracto, con el que se sanciona cada uno de los delitos establecidos en la Parte Especial del Código Penal. Normalmente la pena abstracta coincide con la que corresponde castigar al autor del delito consumado. Esta fase tiene como objetivo fundamental decidir la clase y la cantidad de pena que atañe imponer a un hecho, es decir, fijar el marco penal concreto, sobre el que tiene que operar el juez en la fase de individualización de la pena.

Por ello, se habla de determinación cuantitativa y cualitativa de la pena, como las dos especies que vienen a determinar el marco penal concreto.* Esto se verifica mediante la comprobación de tres órdenes de cuestiones que son: el grado de ejecución del delito, el título por el que el sujeto interviene en el mismo y, por último, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el supuesto.

* Se entiende por marco penal concreto la cantidad o espacio de pena que el juez puede recorrer en uso de su discrecionalidad, del cual dispone tras haber tenido en cuenta los distintos factores legales establecidos por la ley y conforme a los cuales se acorta el espacio genéricamente previsto para cada tipo de infracción.

Fase de individualización judicial.

En esta fase se persiguen fines preventivo-especiales, a este respecto señala Zugaldia Espinar, "que la exclusión de la prevención general que postula un sector de la doctrina, se debe a una exigencia que no deriva de fundamentos preventivos, sino de la consideración emitida por Kant, de que el hombre es un fin en sí mismo, y por lo tanto, no puede ser utilizado para un fin, lo que conduce a la eliminación de la pena como ejemplificación de la individualización de la pena, y como consecuencia la pena ejecutada."⁸⁰

Esta posible instrumentalización del reo con fines preventivo-generales, en el ámbito de la individualización judicial de la pena, tiene también implicaciones de tipo constitucional, ya que ello supone asimismo una violación al principio de igualdad ante la ley, así como resulta ser un ataque a la dignidad de las personas y finalmente se olvidaría la proclamación de la prevención especial como criterio orientador de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad.

En esta fase, es competencia del juzgador, para cada caso en concreto, determinar la pena aplicable y su duración, en función de todos los elementos y factores reales conjugables del hecho y del autor. Una vez determinada legalmente la pena, y tomadas en cuenta todas las circunstancias que inciden en la determinación cuantitativa de la pena, el juez ha de proceder a su medición definitiva, para lo cual deberá tomar en consideración, el número y entidad de las

⁸⁰ *Ibid.* p. 293.

circunstancias agravantes y atenuantes y la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito, así como la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente,* y para el caso de las multas, su capacidad económica, asimismo deberá de tomar en cuenta las reglas específicamente previstas para un delito o grupo de delitos en la Parte Especial.

Asimismo es importante hacer mención que tanto las agravantes como las atenuantes pertenecen a una fase distinta a la individualización de la pena en *stricto sensu*; podría decirse que tienen que ver con la individualización legislativa y no con la judicial. Por tanto, el momento en el que juegan los factores reales de la individualización de la pena es el de la determinación de que criterios o circunstancias son las que expresan la personalidad del autor y cuáles la gravedad del hecho.

4.7.1 Las circunstancias del delito en la determinación de la pena.

Los elementos accidentales del delito tienen encomendada la función de graduar la gravedad de lo injusto y la culpabilidad del autor por el hecho realizado con el fin de dar plena satisfacción a la exigencia de que las penas sean proporcionadas a la gravedad del delito.*

* De acuerdo a lo preceptuado por los artículos 51 y 52 del Código Penal.
* Principio de Proporcionalidad de las penas.

El efecto de ambos tipos de circunstancias (genéricas o específicas), es distinto en la determinación de la pena, ya que las circunstancias generales sirven fundamentalmente para circunscribir el marco legal, concretándose así el grado o cantidad de pena que posteriormente habría de individualizar el juez, en tanto que las circunstancias específicas sirven para determinar la pena, en la proporción y límites fijados legalmente, es decir, determinan el marco legal sobre el que surtirán sus efectos las circunstancias genéricas.

El sistema español de determinación de la pena en consideración a las circunstancias genéricas, modificativas de la responsabilidad criminal, obedece al ideal de limitar al máximo el arbitrio judicial, mediante el establecimiento y respeto hasta sus últimos extremos del principio de legalidad, instaurando un catálogo general de todas aquellas circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad criminal que son de obligada apreciación por parte de los jueces. Paralelamente se establece un sistema de concreción del marco penal mediante la técnica de dividir la pena en grados, para valorar la concurrencia de las circunstancias modificativas; siendo que de esta manera el sistema de circunstancias en el Derecho Español, se caracteriza principalmente por haber llevado hasta el límite de lo posible el respeto absoluto al principio de legalidad en el ámbito de la individualización de la pena.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, tienen asignadas una doble función: en primer lugar, fijan el marco

legal concreto de la pena, es decir, como criterios de medición de la pena exacta a imponer por el juez.

4.7.1.1 Las circunstancias del delito en la determinación del marco legal concreto de la pena: compensación de las circunstancias del delito.

Este apartado está constituido por la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes, es decir, por el concurso de varias circunstancias modificativas que trae como consecuencia diversos efectos jurídicos con respecto a la individualización de las sanciones.

Uno de esos efectos es el de someter a un juicio de comparación o compensación racional a las circunstancias agravantes y atenuantes, concurrentes, para la determinación de la pena, graduando el valor de unas y de otras.

Este juicio de comparación ha de verificarse por referencia al valor e intensidad de cada una de las circunstancias en la determinación de la pena. Con esta disposición lo que la ley efectivamente prescribe es que la sanción punitiva sea fijada en virtud de la recíproca ponderación del significado de las circunstancias concurrentes. Dicha ponderación debe ser llevada a cabo en virtud de una estimación del mayor o menor valor desplegado en el caso concreto.

La compensación de circunstancias ha de ser racional, siendo que el Código Penal, no indica cuáles han de ser las pautas que se han de seguir en el juicio de comparación, por lo que se deberán buscar criterios para la concreción de esa racionalidad.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la razón, la cual no debe ser interpretada como sumisión al arbitrio personal del juzgador; compensación racional es compensación conforme a razón, sin que exista fundamento para personalizar esta última, es decir, para interpretarla como razón del juez, sino que puede entenderse como razón impersonal, como aquella que atiende un valor, significado e incidencia de las agravantes o atenuantes concurrentes en el caso concreto.

La doctrina señala que la compensación no ha de hacerse con relación a su número sino dando idéntico valor a todas ellas, es decir, no puede reducirse a un mero cómputo, sino que se ha de reconocer la eficacia y entidad cualitativa de cada una de las circunstancias.

“La compensación de las circunstancias agravantes y atenuantes no debe ser una compensación material, puramente aritmética, ha de ser fundada en motivos racionales y ha de tomar en cuenta, a la vez, el número de las circunstancias y su importancia.”⁸¹ Por lo que este juicio compensatorio, debe ser fundado en la sentencia, ya que racional, significa, con arreglo a criterios conocidos y fundamentables

⁸¹ *Ibid.* p.302.

de alguna manera; siendo que dicha compensación debe ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. Si esta compensación no fuese racional, no vemos impedimento alguno para que fuese susceptible de impugnarse por vía de amparo.

Los supuestos controvertidos sobre la compensación de circunstancias son los siguientes:

1.- Compensación de circunstancias genéricas y específicas.- la doctrina y la jurisprudencia española han negado la posibilidad de someter a juicio de compensación a las circunstancias específicas, como por ejemplo, los robos y los hurtos cualificados. Señalando además que tales circunstancias específicas forman parte integrante de la respectiva figura legal y no pueden, consiguientemente, tener la consideración de circunstancias agravantes y atenuantes.

Sin embargo, en este sentido la autora Alonso Álamo, admitió la posibilidad de compensar las circunstancias generales con las constitutivas de los llamados delitos circunstanciados, como categoría distinta a los delitos *sui generis* y a los tipos cualificados.*

El delito circunstanciado tiene como principal criterio diferenciador, precisamente el posible juicio de comparación o

* Esta autora, en este sentido, señala que debe atenderse al contenido de injusto y culpabilidad del particular delito, toda vez que el injusto y culpabilidad son graduados por las circunstancias. En la medición de la pena, a la vista del contenido de injusto y culpabilidad, los Tribunales pueden someter a un juicio de ponderación o comparación, y en su caso, compensar racionalmente circunstancias generales y especiales.

compensación entre las circunstancias genéricas y las conformadoras de tal figura delictiva.

Según Rodríguez Devesa, cuando habla de las circunstancias que agravan, refiere: "que no estamos ante circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino ante elementos integrantes del tipo que determinan la imposición de una pena más grave dentro de cuyos límites deberán entrar en juego las agravantes o atenuantes genéricas a efecto de determinar la pena concreta que proceda imponer con arreglo a las reglas generales para la determinación de la pena."⁸²

En el Derecho Penal italiano, sí es posible compensar ambos tipos de circunstancias (generales y específicas), ya que en su Código Penal, se prevé expresamente la posibilidad de someter a un juicio de comparación o prevalencia las circunstancias genéricas y específicas. Por ello, existe toda una construcción doctrinal sobre el concurso heterogéneo de circunstancias, es decir, sobre la posibilidad legal de compensar circunstancias genéricas y específicas.

En el Derecho Penal alemán, el sistema de circunstancias del delito, es distinto al español e italiano, ya que en este país, las circunstancias agravantes están reguladas de forma específica para cada delito o grupo de delitos en la Parte Especial del Código Penal, mientras que en su parte general no se contiene ningún catálogo de

⁸² *Ibid.*, p.305.

circunstancias válidas para todos los delitos, tan sólo se recogen una serie de criterios para la individualización judicial de la pena.

En la doctrina alemana también se discute el camino a seguir para determinar la pena cuando en un mismo hecho concurren ejemplos típicos de casos especialmente graves y motivos de atenuación obligatorios y facultativos. Este problema no se equipara al que se está tratando sobre la compensación de circunstancias genéricas y específicas. La cuestión planteada se refiere al caso de que concorra en ejemplo típico, que da lugar a la aplicación del marco penal agravado, junto con algún motivo de atenuación obligatorio o facultativo.

En el sistema español de circunstancias se ha de insistir que con la legislación vigente no es admisible, al menos formalmente, la compensación de circunstancias genéricas y específicas, ya que todos los elementos accidentales del delito han sido establecidos en el Código Penal español, como motivos, datos o factores legales para medir la gravedad del injusto del hecho o de la culpabilidad del autor. Sin embargo para alcanzar este fin, se ha empleado una diversa técnica legislativa, estableciéndose, por un lado las circunstancias genéricas o modificativas, que en principio son de validez general para todos los delitos, y por otro lado, se han fijado circunstancias específicas en la Parte Especial del Código Penal, que

* González Cussac, advierte que las circunstancias específicas son elementos integrantes de una figura delictiva, y su valor respectivo viene determinado por la ley en el sentido de delimitar la pena abstracta de una infracción, pero no le corresponde la misión de operar como una causa de medición de la pena, y menos todavía, de entrar en comparaciones con las que así expresamente ha regulado la ley.

solamente son de aplicación para un delito o grupo de delitos, a los cuales van legalmente destinados.

De esta diversidad legislativa se derivan únicamente distintos efectos jurídicos para ambas clases de elementos accidentales. Así las circunstancias específicas, con arreglo al régimen legal particularizado de cada una de ellas, tiene asignada la función de determinar cualitativamente la clase de pena o marco legal sobre el que incidirán las circunstancias genéricas. Normalmente, la concurrencia de una circunstancia específica constituye a la aplicación de la pena superior o inferior en grado de la escala, o bien a la estimación legal de un grado concreto de la pena correspondiente al delito cometido. Por el contrario las circunstancias generales tienen encomendada la misión de determinar cuantitativamente el grado de la pena a imponer, es decir, fijan definitivamente el marco concreto de la pena; con el fin de medir la pena en base a las circunstancias genéricas, la ley prevé en su régimen jurídico, entre otros efectos penológicos, la posibilidad de que puedan ser compensadas racionalmente, cuando concurren atenuantes y agravantes.

Por ello, ambos tipos de circunstancias responden a la misma naturaleza y fundamento, no cabe la compensación entre ambas, ya que la eficacia punitiva y ámbito legal de las mismas son distintos; aunque por razones de política criminal es conveniente seguir el ejemplo italiano, es decir, admitiendo el juicio de prevalencia y equivalencia ente circunstancias genéricas y específicas.

4.7.1.2 Las circunstancias del delito en la individualización judicial de la pena: la fijación de la pena exacta dentro de los límites de cada grado.

Este apartado, se refiere a la auténtica individualización judicial de la pena, en la cual se procede a la medición exacta de la pena que corresponde aplicar, dentro del marco penal concreto obtenido finalmente. Por ello el efecto jurídico de la individualización de las sanciones, es el de imponer la pena exacta, teniendo en cuenta para ello el núcleo y entidad de las circunstancias concurrentes, así como la mayor o menor gravedad del mal causado.

La fijación de la pena exacta dentro del grado correspondiente es competencia exclusiva de los jueces y tribunales. No obstante, al llevar acabo esa labor, éstos deben tomar en consideración, el número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, además de la mayor o menor gravedad del mal producido. Aunque, la valoración de estos dos criterios legales, en éste ámbito, corresponde al arbitrio judicial.

Como se mencionó el Tribunal debe atender a dos criterios para la fijación de la pena exacta dentro de cada grado: el número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, así como la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito.

Atendiendo al primer criterio, cabe decirse que el Código Penal español, hace hincapié en el aspecto cuantitativo y no en el

cualitativo de las circunstancias modificativas. Lo relevante a este nivel de individualización de la pena, es que se pretende fijar la magnitud exacta, es decir, saber cuántas y qué entidad tienen las circunstancias que han concurrido en el hecho concreto.

En cuanto al segundo de los criterios mencionados, en este sentido, parece adoptarse un parámetro puramente aritmético, con el que se valora la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma infringida. Aunque también sirve para atender a otro tipo de consideraciones que determinan la mayor o menor gravedad de un hecho, como la mayor necesidad de tutela de un específico bien jurídico.

Para determinar la gravedad del hecho o del mal producido, se ha de partir tanto del desvalor de la acción como del desvalor del resultado. Cordoba Roda, señala que la gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta integrante de la infracción, tanto en su acción como resultado. Con esto se identifica la gravedad del hecho o del mal producido con la gravedad de lo injusto, del tal manera que una conducta es más o menos grave si es más o menos injusta. Lo cual nos lleva directamente a tomar en consideración, a efectos de medición de la pena, el injusto como magnitud objetivamente graduable, desde el momento en que supone una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado en la norma penal. Por ello, recurrir al concepto del bien jurídico para determinar la gravedad del injusto o del hecho, resultaría ser adecuado.

De esta forma se parte de un concepto social de bien jurídico, es decir, como expresión de una relación social concreta, esta situación relacional entre el autor y víctima ha de ser determinante en el contenido del injusto. Dos conductas que encajen en la descripción de un tipo penal pueden presentar distintos contenidos de injusto precisamente porque el tipo ha descrito una situación que puede producirse con muchas variaciones sin salirse del desvalor típico.

Bustos Ramírez, señala: "que el injusto realizado implica tomar en cuenta todos los aspectos del ámbito social descrito por el tipo como las diferentes valoraciones que debe recoger la antijuricidad, es decir, en el injusto se tiene que tomar en cuenta la posición del sujeto activo en su contexto social e igualmente respecto del sujeto pasivo y la víctima, así como sus interacciones recíprocas."⁸³

En cuanto a los factores indiciarios de la gravedad del hecho, habrá de tenerse en cuenta la situación de la víctima, en donde juega un papel importante la victimología. Aquí hay que referirse tanto a los factores que inciden sobre su situación subjetiva, como los que inciden sobre su situación objetiva. También se puede tomar en consideración los efectos de la difusión del delito, tanto los factores referidos al peligro de difusión del delito, como los referidos a la real difusión del mismo. Finalmente, se puede valorar también la situación del sujeto activo del delito.

⁸³ *Ibid* p.314.

4.8 Cuestiones procesales: prueba y casación.

La prueba de las circunstancias del delito.

Desde tiempos remotos, tanto la doctrina, la literatura penal, como la jurisprudencia, ha señalado que las circunstancias han de estar tan probadas como el hecho mismo. Esta exigencia de prueba significa que las agravantes y atenuantes requieren de un sustrato material para conformar su vertiente objetiva, no pudiéndose fundar en hipótesis, ya que esta base fáctica constituye el objeto de referencia obligado de la vertiente subjetiva (dolo). Por ello se exige que sus elementos conformadores han de estar probados de la misma manera y con idéntica intensidad que el hecho mismo.

Cuando la jurisprudencia se refiere al hecho, quiere decir la acepción amplia que del mismo se mantiene en la doctrina procesal que lo entiende como el objeto del proceso penal, es decir, como aquello sobre lo que recae la actividad desarrollada por los sujetos en el proceso penal, por lo que el objeto del proceso penal está constituido por el hecho punible.*

Por consiguiente, cuando se habla de hecho penal, no se está haciendo referencia a una calificación jurídica, sino a lo calificado; y lo calificado no es otra cosa que las acciones u omisiones típicas,

* Las circunstancias también forman parte del hecho, hecho total, en su conjunto, que interesa al Derecho Penal, aunque tengan una valoración distinta que los elementos esenciales. Esta concepción del objeto del proceso enlaza y es una derivación del principio penal del hecho, en base al cual el Derecho Penal, sólo está legitimado para intervenir cuando se haya realizado un hecho tipificado penalmente, ya que en un Derecho Penal de hecho, frente al Derecho Penal de autor, se castiga al hombre por lo que hace y no por lo que es.

antijurídicas y culpables, que sean punibles y que, además, presentan una determinada forma de aparición, y que por último, llevan aparejada una determinada pena que hay que individualizar en base a criterios legales y al arbitrio judicial permitido por la ley. Pues bien, todos estos elementos, que concurren en un caso concreto, tienen que ser aportados, esclarecidos y enjuiciados dentro del proceso penal, como constitutivos del hecho punible, en cuanto objeto del mismo.

En definitiva, puede concluirse que las circunstancias están necesitadas de prueba, porque son una realidad parcial del delito, el cual a su vez, es el componente esencial, pero no exclusivo, de la realidad global que constituye el objeto del proceso penal, esto es, el hecho punible. En último término, lo que se pretende por imperativo constitucional es que el hecho penal, quede perfectamente probado, para ser enjuiciado en el proceso penal* y con tal fin es preciso que se sometan a tal actividad probatoria todos sus elementos conformadores entre los cuales se encuentran, las circunstancias del delito.

4.9 La motivación de las sentencias y la individualización de la pena.

En materia de individualización de la pena, la motivación de la elección punitiva en la sentencia puede considerarse como el control

* El objeto del proceso penal esta constituido, por el enjuiciamiento de una supuesta acción u omisión aparentemente delictiva para determinar, en su caso, con carácter de certeza su naturaleza delictiva y la responsabilidad criminal del agente, declarando su culpabilidad o inocencia del mismo, mediante la condena a la pena correspondiente o mediante su absolución con las demás consecuencias jurídico-penales que sean necesarias

primario del arbitrio judicial y presupuesto necesario para el control secundario en vía jurisdiccional o en amparo constitucional. Con ello se pretende que los jueces y tribunales expongan las circunstancias y expliquen de forma razonada en Derecho los motivos que les han llevado a imponer la pena en una determinada medida, siendo que la obligación de los jueces y Tribunales de motivar las sentencias penales constituye una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional, elevándose a la categoría de derecho fundamental de la persona cuya vulneración es susceptible de control a través del recurso de casación.

Por lo que se reconoce que se trata de un derecho fundamental de la persona, que forma parte del Derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución fundamentada en Derecho. El fundamento más próximo a la necesidad de motivar las sentencias puede encontrarse en las siguientes causas:

- 1.- Para controlar la actividad jurisdiccional.
- 2.- Para demostrar que se cumple la legalidad vigente libre de toda arbitrariedad.
- 3.- Para convencer al acusado y a las demás partes de la corrección y justicia de la decisión adoptada.

Según la jurisprudencia, los derechos fundamentales afectados directa o indirectamente por la no motivación de las sentencias son, de forma genérica, el derecho a una tutela judicial efectiva, y más

concretamente, el derecho a no encontrarse en estado de indefensión. Igualmente es el derecho a un proceso con todas las garantías, es decir, el principio de legalidad y el complementario de la no arbitrariedad, a los que deben someterse todos los poderes públicos, incluidos los órganos jurisdiccionales. Por consiguiente en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, todos los actos de los jueces o tribunales tienen que estar sometidos a la legalidad y a la no arbitrariedad. Para cumplir con dicho objetivo es imprescindible exigir la motivación de todos los actos procesales y en especial las sentencias.

Por lo que la motivación de la individualización de la pena por parte de los Jueces y Tribunales se convierte así en el criterio de demarcación entre el uso lícito de las facultades discrecionales y la arbitrariedad recusable; facultad que es conocida como **arbitrio judicial**, misma que se encuentra regulada en los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente, en los cuales se establece:

Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad, cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

4.10 El control jurisdiccional y el Amparo Constitucional del Arbitrio Judicial.

La jurisprudencia sostiene que en materia de individualización de la pena, no cabe revisar el ejercicio del arbitrio judicial, puesto que es competencia exclusiva y personal de los jueces y tribunales determinar la medida de la pena a imponer, siempre y cuando no rebase el parámetro punitivo legalmente establecido para cada supuesto en donde quepa el arbitrio judicial.

Revisión en vía jurisdiccional.

En vía jurisdiccional cabe revisar el ejercicio del arbitrio judicial en sede de individualización de la pena, mediante el recurso de apelación y el de casación.

a).- Así cabe recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de lo penal en el procedimiento. Los motivos para impugnar una sentencia definitiva en apelación son la infracción de preceptos constitucionales o legales. Las bases para la impugnación de la sentencia han de estar contenidas en el escrito de formalización del recurso de apelación. Y junto, a las alegaciones o agravios pertinentes, se ha de citar expresamente la norma violada y se han de expresar las razones por las cuales se produce la indefensión.

b).- Cabe además, interponer recurso de casación por infracción de la ley, para controlar la actividad judicial en materia de

individualización de la pena.* Se pueden alegar dos motivos para la casación de una sentencia por infracción de la ley, en el ámbito de la individualización de la pena:

1.- Infracción de un precepto penal de carácter sustantivo. Cuando los jueces y tribunales, a la hora de fijar la pena, no tengan en cuenta los criterios rectores legalmente establecidos que, además son de importante consideración, se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley, alegando la no estimación de las mencionadas pautas legales de carácter sustantivo.

2.- Infracción de otra norma jurídica del mismo carácter. Cuando los jueces y tribunales no motiven en la sentencia la elección del marco punitivo convierten el arbitrio judicial en arbitrariedad y, por tanto, la sentencia es revisable en casación por infracción a los preceptos legales correspondientes.

De los mismos, se deduce, la necesidad de motivación de las sentencias.

Quando se habla de la infracción de otra norma jurídica del mismo carácter, se hace referencia, entre otras normas, a los preceptos de ramo constitucional. La interposición de recurso de casación, sea por infracción de la ley o por quebrantamiento de forma, basándolo en la infracción de una norma constitucional. Sin

* Lo que se discute en estos casos es sencillamente si el órgano judicial ha valorado correctamente desde el punto de vista jurídicos los hechos declarados criterios en los antecedentes fácticos de sentencia.

embargo, no es óbice alguno para admitir el recurso de casación cuando no se motive la individualización de la pena en la sentencia, por infracción de las normas penales constitucionales que exigen tal motivación.*

Como se ha señalado, la necesidad de motivar las sentencias constituye una garantía procesal reconocida constitucionalmente como un derecho fundamental. Por tanto, cuando en materia de individualización de la pena los tribunales no motiven en absoluto o motive de forma insuficiente la elección del marco punitivo y de la pena exacta se podrá controlar el ejercicio de este arbitrio judicial mediante la interposición del recurso de amparo.

El fundamento de este recurso, se encuentra en el derecho a la tutela jurídica, y más concretamente, en el derecho de no dejar al sentenciado en estado de indefensión, complementado con el respeto al principio de legalidad, para evitar la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales y de esta manera dar plena satisfacción al derecho fundamental a obtener un proceso con todas las garantías.

La interposición del recurso de amparo es preceptivo al previo agotamiento del sistema de recursos de la vía jurisdiccional. Ello significa que, contra una sentencia definitiva del tribunal de instancia que individualiza la pena sin motivarlo de forma absoluta o

* Ley de Amparo, artículo 1º fracción I. El Juicio de Amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:
1. Por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales: ...

insuficientemente, el caso de inadmisión o desestimación de este último recurso cabe la interposición del recurso de amparo.

4.11 La penalidad de las figuras delictivas portadoras de agravantes específicas.

El Código Penal, con respecto a los delitos contra las personas en su patrimonio, ha instaurado un nuevo sistema de tutela penal que abandonara definitivamente el sistema tradicional. Dicho sistema estaba caracterizado por tres notas o defectos fundamentales, a saber: hipertrofia del sistema de legislación casuística, sistema de cuantías para establecer la pena y determinar su gravedad y dureza de las penas.

En el sistema de determinación de la pena, se suple el criterio tradicional de las cuantías por suponer una clara vulneración del principio de responsabilidad subjetiva, dando entrada a un nuevo sistema que sólo toma en consideración la cuantía como criterio delimitador del ámbito punitivo entre las faltas y delitos. Se abandona también la técnica de legislación casuística, ya que nuestro legislador ha partido del establecimiento de un tipo base para cada figura delictiva sobre el que se estructuran una serie de tipos cualificados que establecen un marco penal agravado para el caso de que concurra una o varias de estas circunstancias específicas.

No obstante, este sistema punitivo presenta una serie de deficiencias técnicas, sobre todo con relación a la fórmula de remisión

penológica de unas figuras delictivas a otras para establecer y determinar la pena. Como ejemplo a lo anterior, se tiene al delito de robo con fuerza en las cosas.

En el delito de robo, se distinguen dos modalidades básicas: robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas.

La primera modalidad, no es más que un robo con amenazas o coacciones que se regula específicamente con el propósito de establecer un marco penal agravado y, de este modo, excepcionar las reglas generales de concurso de delitos. Es un simple supuesto de robo agravado por la forma especial de ejecución. De esta forma es regulado por nuestra legisladora, pues de lo contrario supone un sistema poco concorde con la realidad criminológica.

El robo propiamente dicho es el de la violencia o intimidación en las personas,* en cambio, el uso de fuerza en las cosas no constituye una peculiaridad diferente al robo simple, y quien la utiliza puede hacerlo de una forma transitoria por no poder conseguir la cosa de otro modo. Aún cuando determinados modos de comisión como el uso de llaves falsas, pueden revelar una cierta habitualidad del autor, esto es una de las cosas que deben de tomarse en cuenta para

* Regulado en el artículo 373 del Código Penal, que a la letra dice: "La violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo.

determinar la pena a aplicar, pero no para una diferenciación dogmática en el robo.

De todo lo expresado, se deduce que el tipo en análisis, no constituye una circunstancia calificativa o agravante, toda vez que el mismo contiene en su descripción típica elementos propios, como son el número de sujetos, la violencia, la asechanza, que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja; los cuales deberán estar plenamente comprobados en autos, para dictar una sentencia condenatoria en este sentido; elementos que ya se han definido en el Capítulo II del presente trabajo; máxime que el tipo a estudio, contiene su propia penalidad, independientemente de lo señalado por el artículo 370 del Código Penal vigente (penalidad que deberá imponerse, con respecto al monto de lo robado), desprendiéndose de igual forma, **que el tipo en comento, resulta ser un tipo especial, es decir un tipo independiente, autónomo y específico (sui generis), por los elementos que lo integran,** como ya se mencionó.

No obstante de lo anterior, en el presente capítulo, se recordará brevemente lo que es el TIPO PENAL.

4.12 El tipo penal.

El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la

individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).

“El tipo pertenece a la ley. Es en la ley donde hallamos los tipos penales: en la parte especial del Código Penal y en las leyes especiales. Los tipos son las fórmulas legales mismas, que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe.”⁸⁴

El tipo es, lógicamente necesario, porque sin el tipo nos pondríamos a averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que en la mayoría de los casos resultarían sin relevancia penal alguna. Así por ejemplo, si tuvieramos que averiguar una conducta, primero veríamos que se trata de una conducta; luego comprobaríamos que la conducta es antijurídica, y después comprobaríamos que es culpable.

El tipo predominantemente es descriptivo, porque los elementos descriptivos son lo más importante para individualizar una conducta, y entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.

No obstante, los tipos penales no son a veces totalmente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético (elementos normativos o valorativos). La función de los tipos es la

⁸⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 391.

individualización de las conductas humanas que son penalmente prohibidas, o bien cuando éstos mandan o imponen conducirse en un determinado sentido, dados los mandatos y prohibiciones contenidos en la norma penal.

Como se mencionó, no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.

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

Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría del delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad; tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo; tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

De la amplia diversidad de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona, conforme al principio de

intervención mínima,* aquellos más tolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describen dolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada.

Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta en sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta para englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes; por lo que el juez deberá comprobar la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si se adecúa o no a la misma. Éste trabajo mental es el juicio de tipicidad que debe realizar el Juez.

El tipo tiene en derecho penal una triple función:

- 1.- Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- 2.- Una función de garantía, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

* Este principio consiste en que el legislador sólo deberá utilizar el Derecho Penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos.

3.- Una función motivadora general, por cuanto a que con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de la prohibición.

Se habla de tipo garantía, con lo que se designa el principio de legalidad en materia penal. Se habla de tipo de injusto, para connotar la tipicidad de una conducta antijurídica. Se suele llamar Tipo de delito, a las concepciones del delito en que se quiere abarcar con el tipo casi a todos los caracteres. Tipo de culpabilidad, suele llamarse al requerimiento de que la culpabilidad debe responder a la tipicidad de la conducta. Tipo permisivo, es el que surge del precepto permisivo (causa de justificación).

Se habla asimismo de:

Tipos legales y tipos judiciales.- el principio de legalidad, tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad. El legislador es el único que puede crear, suprimir y modificar los tipos penales, este es el sistema de tipos legales, del que participa nuestro orden jurídico.

En otros sistemas, en que se reconoce la analogía, el Juez, es el que está facultado para crear los tipos penales. Estos son los llamados sistemas de tipos judiciales.

Cabe precisar, que los sistemas mencionados son de carácter ideal. En la realidad de las legislaciones positivas hay sistemas que persiguen el ideal de los tipos legales, en procuración del mayor grado de certeza de lo prohibido que las técnicas legales permitan, y sistemas que se alejan de esta idea. Los primeros procuran la seguridad jurídica, en tanto que los segundos, en nombre de una ideología irracionalista, consideran a la seguridad jurídica un prejuicio liberal.

De igual manera los tipos pueden ser:

Delitos propios o especiales y delitos de garante.- Cuando al tipo derivado (agravado o atenuado), se le añaden ciertas características y peculiaridades que lo distinguen hasta tal punto del tipo básico que lo convierten en un tipo autónomo distinto. Por ejemplo, en los delitos contra la vida, el tipo básico es el homicidio simple, por lo que el asesinato, el homicidio en razón de parentesco, el infanticidio (actualmente este último se encuentra derogado), ofrecen tales peculiaridades, que a nivel técnico jurídico, deben considerarse como delitos autónomos e independientes del tipo básico. Lo mismo sucede con nuestro delito en análisis,* toda vez que si bien este no contiene propiamente un núcleo rector, el mismo es derivado del tipo básico fundamental de ROBO, previsto en el artículo 367 del Código Penal, el cual tiene como núcleo rector el

* "Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja...."

apoderamiento, máxime que en su descripción contiene ciertas peculiaridades o extremos que tienen que acreditarse plenamente en un caso concreto (número de sujetos, violencia (física o moral), asechanza, cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), siendo que dicho ilícito tiene su propia penalidad; razones que nos conllevan a considerar el ilícito de ROBO en comento, como autónomo e independiente del tipo básico, constituyendo así un **Delito Específico**.

Por otro lado, la doctrina ha definido que los tipos especiales son aquellos que, si falta la calidad típica requerida para el autor, desaparece el delito; los segundos son aquellos que en los que la calidad típica indicada para el autor pertenece a un tipo agravado, pero si falta ello, no es obstáculo para que la conducta aparezca como delictiva es el tipo básico al que responde el tipo agravado.

Los delitos especiales se dividen en delitos especiales en sentido estricto y delitos especiales en sentido amplio. Los primeros son aquellos que no tiene correspondencia con uno común; los segundos tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas del delito común hace que éste se convierta en tipo autónomo distinto, con punibilidad también distinta, como ya se ha argumentado.

Delitos calificados por el resultado.- en ocasiones los tipos configuran formas complejas de culpabilidad, esto ocurre con los

llamados calificados por el resultado. En ellos, si bien la acción está voluntariamente dirigida a un resultado, en el despliegue de la misma se origina un resultado distinto (más grave), que aquél.

Para saber cuándo estamos ante un tipo cualificado o privilegiado y cuándo ante uno autónomo es necesario acudir a la interpretación, partiendo de la regulación legal concreta. Los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuadas, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico. **El delito autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo.**

Tipos básicos y tipos derivados. Delitos simples.-
Normalmente el Derecho Penal determina las consecuencias del delito por medio de los distintos tipos, adscribiendo una determinada especie y su determinado monto o medida de pena a las distintas acciones descritas en ellos, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos en juego. Pero, no pocas veces, la determinación de la pena para hechos de acciones distintas recibidas a un mismo bien jurídico se hace depender de las modalidades del ataque perpetrado contra él; se presentan así los *tipos básicos*, que asignan pena a la acción más simple que puede constituir dicho ataque y los tipos derivados o calificados, en los que aquella acción se suman circunstancias (referidas al autor, a los modos de acción o a los medios empleados.), que convierten el ataque en más peligroso o más reprochable, en cuyo caso estaremos ante *tipos agravados* (que

contienen penas más graves que la determinada en el tipo básico), o en menor peligro o menos reprochables, dando lugar a los *tipos atenuados* (con penas más leves que las del tipo básico).

Concepción objetiva del tipo penal.

En 1906, no puede hablarse propiamente de una teoría del tipo penal, la que en ese año fue enunciada por Ernest von Beling, quien respetando la sistemática del delito escindida en un injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva, introdujo una distinción en el injusto entre tipicidad y antijuricidad, categorías que continuaban conservando su carácter objetivo .

El concepto de tipo, nace, en 1906, concebido en forma objetiva, es decir, abarcando sólo la exterioridad de la conducta y prescindiendo de todo lo interno.

“En alemán se le llama aún hoy *Tatbestand*, que significa supuesto de hecho, lo que proviene del latín medieval (*facti species*), que significaba figura del hecho, (por eso *Tatbestand* se traduce al italiano como *fattispecie*) y se ha traducido y difundido en castellano como tipo. Hasta 1906 se usaba la palabra *Tatbestand*, pero no se le daba ningún contenido sistemático similar al actual.”⁸⁵

⁸⁵ *Ibid* p. 399.

Concepción compleja del tipo penal.

El descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo alrededor de 1910 y de la culpabilidad normativa en 1907, (los cuales no podían resolver la limitación de la causalidad, ni podía explicar la tentativa, ni mucho menos los elementos subjetivos satisfacían mucho con su ubicación), determinaron que se pensaron que el dolo, la voluntad del resultado, debía estar ubicado en el tipo, y así lo hizo Hellmuth Von Weber en 1929 y en 1935 y el Conde Alexander Zu Dohna en 1936.

Weber, no distinguía entre la atipicidad y justificación, de modo que participada de una concepción bipartita del delito: tipo de injusto y culpabilidad.

Dohna, mantenía la división tripartita del delito, pero creía que la antijuricidad recaía sobre el aspecto objetivo del tipo y la culpabilidad sobre el subjetivo.

Con Wezel, en la década del 30, se redondea el concepto de tipo complejo, es decir, con un aspecto objetivo y otro subjetivo, dentro del marco de una teoría del delito con tres caracteres específicos (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que es la idea del tipo penal que se sostiene.

Este concepto complejo (objetivo-subjetivo), del tipo penal viene a solucionar una multitud de problemas. La ubicación del querer del resultado (dolo) en el tipo resuelve el problema de la causalidad, que

está limitada por la voluntad. La tentativa, se distingue claramente y sin tortuosidades, porque el querer del resultado (dolo) pasa ser problema típico. El tipo prohíbe una conducta y no una causación.

Estructura y composición del tipo.

La imagen conceptual, que es el tipo, se formula en expresiones lingüísticas que, con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad la conducta prohibida.

“Para cumplir la función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. Para ello hay que utilizar un lenguaje claro y preciso asequible al nivel cultural medio.”⁸⁶

Debe evitarse en lo posible el casuismo en la descripción de las conductas prohibidas. Es imposible llegar a describir exhaustivamente todas las formas de aparición de un delito, y es preferible utilizar cláusulas generales, definiciones y descripciones genéricas que reúnan los caracteres comunes esenciales a cada grupo de delitos. Deben evitarse asimismo, los conceptos indeterminados como lo es la moral, las buenas costumbres, la religión, etc., por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos, al dejar sin precisar claramente la conducta prohibida.

⁸⁶ Francisco Muñoz Conde. Teoría General del delito, p. 44.

4.12.1 Tipicidad y antijuricidad: tipo de injusto.

Como se mencionó, la antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

La antijuricidad es un concepto válido para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que lo que es antijurídico en una rama del derecho lo es también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídica sólo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico-penal.

La tipicidad de un comportamiento no implica, la antijuricidad del mismo, sino un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico; por lo que puede decirse que existe la posibilidad de que un hecho sea típico, más no antijurídico, por la concurrencia de una causa de justificación como lo es: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.).

Las relaciones entre la tipicidad y la antijuricidad no están consideradas en forma pacífica por la doctrina. Hay tres posiciones fundamentales al respecto, a las cuales reconoce dos sub-variantes:

1.- Para una posición, la tipicidad no indica nada acerca de la antijuricidad. Esta teoría se conoce como del tipo avalorado.

2.- Otra posición entiende que la tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum** de la antijuricidad.

3.- Las otras posiciones, que son contrarias a la del tipo agravado, sostienen que la tipicidad es la *ratio essendi* (la razón de ser), de la antijuricidad. Esta posición reconoce dos variantes importantes: para unos, la tipicidad cierra el juicio de antijuricidad, es decir que, afirmada la tipicidad, quedará también afirmada la antijuricidad y las causas de justificación eliminarán la tipicidad comportándose como elementos negativos del tipo. Para otros la tipicidad también implica la antijuricidad, pero esta última puede excluirse por una causa de justificación en una etapa de análisis posterior.

La teoría del tipo avalorado, es rechazada porque implica desconocer que al tipo pertenece antepuesta una norma, puesto que de reconocer esta circunstancia resulta inadmisibles afirmar que la tipicidad no nos dice absolutamente nada respecto a la antijuricidad.

La teoría de los elementos negativos del tipo retrotrae la teoría del delito a los tiempos anteriores a la introducción del concepto de tipo penal, dejando el concepto reducido a dos características específicas: antijuricidad y culpabilidad.

* Que admite prueba en contrario.

La teoría del tipo de injusto no procede racionalmente, porque no resulta coherente que un estado afirme lo que en el siguiente se puede negar.

Aunque en la práctica ambas cualidades de la acción se suelen comprobar conjuntamente, nada impide que puedan y deban ser separadas conceptualmente.

La relación entre tipo y antijuricidad puede ser más o menos estrecha. Por lo general, en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuricidad.

4.13 Interés, bien y norma.

Cuando el legislador se encuentra frente a un ente y tiene interés en tutelar este ente, es porque lo valora. Su valoración del ente se traduce en una norma, que eleva al ente a la categoría de bien jurídico. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal, en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado.

Así, el legislador va del ente a la norma y de la norma al tipo. Nosotros al interpretar la ley para determinar su alcance, debemos seguir el camino inverso: de la ley (tipo legal), a la norma, y a través de la norma conocemos el ente que en definitiva será bien jurídico.

El tipo pertenece a la ley, pero ni la norma ni el bien jurídico pertenecen a la ley, sino que se conocen a través del tipo legal y limitan su alcance.

El tipo se gesta por el interés del legislador en el ente que valora elevándolo a un bien jurídico, enunciando una norma para tutelarlos, la que se manifiesta en un tipo legal que le agrega la tutela penal. Conforme a este proceso de gestación, resultará que la conducta que se adecue a un tipo penal será necesariamente contraria a la norma que está antepuesta al tipo legal y afectará el bien jurídico tutelado.

Esto significa que la conducta, por el hecho de ser penalmente típica necesariamente debe ser también antinormativa.

No obstante, no debe pensarse que cuando una conducta se adecua formalmente a una descripción típica, ya por esa circunstancia es penalmente típica. Que una conducta sea típica no significa que necesariamente sea antinormativa, es decir, que esté prohibida por la norma. El tipo lo crea el legislador para tutelar el bien contra las conductas que prohíbe la norma, aquellas conductas que aunque formalmente se adecuen a la descripción típica, realmente no pueden considerarse contrarias a la norma ni afectantes del bien tutelado.

La antinormatividad no se comprueba con la sola adecuación de la conducta al tipo legal, sino que requiere una investigación del alcance de la norma que está antepuesta y que ha dado origen al tipo

legal, y una investigación sobre la afectación del bien jurídico. Esta investigación es una etapa posterior del juicio de atipicidad.

“La tipicidad legal y tipicidad penal, no son la misma cosa: la tipicidad penal presupone la legal, pero no la agota, la tipicidad penal requiere además de la tipicidad legal, la antinormatividad.”⁸⁷

Ahora bien, siguiendo este orden de ideas, como ya se mencionó el tipo de ROBO en análisis, es un tipo especial cualificado, en base a los razonamientos esgrimidos en el presente trabajo, dicho argumento es corroborado con las siguientes tesis jurisprudenciales:

ROBO, EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PREVEE UN TIPO ESPECIAL Y NO UNA CALIFICATIVA. El párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicable para toda la República en materia Federal, prevé un tipo especial de ROBO y no una calificativa, ya que ésta requiere necesariamente de la existencia del tipo básico o fundamental, previsto por el numeral 367 del citado ordenamiento legal, en tanto que al primero adquiere autonomía y propia sustantividad, porque contiene todos sus elementos y punibilidad propia; es decir el tipo especial excluye la aplicación del básico, mientras que la calificativa no solamente no lo excluye, sino que presupone su presencia a la que se agrega como suplemento.

⁸⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni. *op cit* p. 405.

Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, septiembre de 1997. Tesis: I 4º. P. J/3. Página: 614.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en Revisión 296/97. Ricardo Albarrán Miranda y otros. 29 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo en Revisión 432/97. Alejandro Alberto Arana Arce. 10 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo Directo 1372/97. Reyes Marcos Galarza Rosas. 10 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretaria: Beatriz Moguel Ancheyta.

Amparo directo 1388/97. Benjamín Rolón Santaella o Juan Antonio Benjamín Rolón Santaella. 11 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 1436/97. Alfonso Flores Sánchez. 11 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente Fernando Hernández Reyes. Secretario Juvenal Hernández Rivera.

Novena Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: VI, Noviembre de 1997.

Tesis: 1.30.P J/7

Página: 432.

ROBO ESPECÍFICO Y NO CALIFICADO. ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. De la adición al artículo 371, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República 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.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 303/97. Gerardo Reyes Reyes. 14 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: V. Oscar Martínez Mendoza.

Amparo directo 307/97. Daniel Vera Vázquez. 14 de Marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente Manuel Morales Cruz. Secretario V. Oscar Martínez Mendoza.

Amparó directo 799/97. Alexis Raúl Vázquez Hernández. 30 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: José Francisco Zárate Ruiz.

Amparo directo 823/97. José Luis Ortega López. 30 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: José Francisco Zárate Ruiz.

Amparo directo 1159/97. Hector Robles Valenciano. 30 de Junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

Novena Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: VII, Mayo de 1998.

Tesis: 1. 1°. P.40 P.

Página: 1069.

ROBO CALIFICADO. ARTÍCULO 371. PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO. La calificativa prevista en el tercer párrafo del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla, además del activo plurisubjetivo, disyuntivamente tres medios comisivos que son: a) la violencia, b) la asechanza, o c) cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, lo que se traduce que la frase “que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja”, sólo rige para “cualquier otra circunstancia”, más no para la violencia ni la asechanza, pues la intención del legislador hubiera sido que la frase en mención calificara a los tres medios comisivos en cita, gramaticalmente en la redacción hubiera sido necesario colocar una coma después de “cualquier otra circunstancia”, para que esta frase quedara separada de las características que se describen enseguida y

así, estas últimas abarcaran los tres medios precisados; y que los verbos que la conforman “disminuya” y “ponga”, hubieran sido conjugados en plural, por ser tres y no uno de los medios comisivos, es decir, debió haberse redactado el párrafo de referencia de la siguiente manera: “...a través de la violencia, asechanza, o cualquier otra circunstancia, que disminuyan las posibilidades de defensa de la víctima o la pongan en condiciones de desventaja ...”, luego, para que se actualice así la violencia como medio comisivo en esta calificativa, sólo hay que atender al concepto legal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2825/97. José Manuel Escobar Cedillo. 16 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretaria: Patricia Marcela Diez Cerda.

Asimismo se puede citar la siguiente tesis jurisprudencial, aplicable al delito a estudio:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: IV, Septiembre de 1996.

Tesis: 1ª./J 25/96

Página: 39

ROBO, CON VIOLENCIA, ES UN TIPO ESPECIAL CUALIFICADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El Código Penal del Estado de México prevé el delito de robo en el artículo 295, y su penalidad de acuerdo al monto de lo robado en el artículo 298. Al aplicar la clasificación doctrinal del delito en orden al tipo, ese ilícito encuadra en los denominados fundamentales o básicos, caracterizándose porque de ellos se desprenden otras figuras al agregarles nuevos elementos, como acontece con los tipos especiales, que surgen como figuras autónomas con su propia penalidad, ya sea agravada o atenuada en relación al fundamental, lo que les subdivide en cualificados o privilegiados. Corresponden a esta clasificación las hipótesis previstas en el artículo 300 de la ley citada, en la que al delito de robo se añade la circunstancia de que sea perpetrado con violencia; y el segundo párrafo del dispositivo 301 del mismo ordenamiento, que también toma en cuenta ese medio comisivo, cuando el robo se perpetra en casa habitación, aposento, o cualquier dependencia de ella, para fijar penas severas en ambos casos, ya que para el legislador estatal constituye una conducta de enorme gravedad la utilización de ese medio. Los tipos conocidos en la doctrina como complementados, circunstanciados o subordinados, que pueden ser cualificados o privilegiados según aumenten o disminuyan la pena del básico, se integran cuando a la figura fundamental se le adicionan otros elementos, sin que se forme un tipo autónomo, sino que subsiste el fundamental. Una nota de distinción de estos tipos, consiste en que el legislador precisa las hipótesis en las que a la pena correspondiente a un delito se le puede aumentar otra. A este grupo pertenecen las prevenciones de los artículos 301,

primer párrafo, 302 y 308 de la ley analizada, ya que en el primero se menciona la pena que puede agregarse al robo cuando se comete en una casa habitación, aposento, o cualquier dependencia de ella. En el artículo 302, primer párrafo, a la pena del robo se le agrega otra sanción, cuando para perpetrarlo se aprovecha la falta de vigilancia o la confusión ocasionados por un siniestro o desorden de cualquier tipo; pero si además, de conformidad con el segundo párrafo, es cometido por elementos pertenecientes a una corporación de auxilio, socorro u organismos similares, se decreta una pena adicional; esto es, que se trata de un tipo complementado doblemente calificado. El precepto 308 del ordenamiento en cita, prevé la pena agravada para el robo simple, de actualizarse cualquiera de las circunstancias a que se refieren sus diversas fracciones. Asimismo, en el Código Penal Federal, el robo calificado con violencia (Artículo 367 en relación al 372), es un tipo complementado cualificado, de tal manera que a la sanción del robo, se suma la de la calificativa; a diferencia de la regulación para esta hipótesis en el Código Penal del Estado de México, en el que únicamente debe imponerse la pena específica prevista para el robo con violencia, por tratarse de un tipo especial cualificado.

Contradicción de tesis 5/94. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo, cuya denominación anterior fue Segundo Tribunal Colegiado, ambos del Segundo circuito. 19 de Enero de 1996. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de jurisprudencia 25/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de diecinueve de enero de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cinco votos de los Ministros: Presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Por otro lado, es importante destacar que en la práctica jurídica, para que este delito quede plenamente acreditado es necesaria la comprobación de los elementos que lo integran como ya hemos aludido (cuando sea cometido por dos o más sujetos, que sea cometido por medio de la violencia (física o Moral), la acechanza, o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), lo que trae como consecuencia que si en un caso concreto no queda plenamente acreditada una de estas circunstancias, en base al principio de legalidad y con fundamento en el artículo 14 Constitucional, no habrá delito, así como lo establecido en el artículo 15 Fracción II del Código Penal,* siendo que para efecto de evitar impunidad muchos de los juzgadores reclasifican en base al artículo 1º el Código de Procedimientos Penales, es decir, se procede a hacer un cambio de clasificación del delito de ROBO, tipo especial cualificado previsto en el artículo 371 del Código Penal, al tipo de ROBO SIMPLE, previsto en el artículo 367 y sancionado de acuerdo al

* Artículo 15 fracción II del Código Penal. "Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate."

monto de lo robado, según sea el caso, por el artículo 370 del citado Código.*

A efecto de que sea más comprensible lo anteriormente expuesto, es procedente estudiar brevemente lo referente al principio de legalidad, hecho mención con anterioridad en diversas ocasiones.

4.14 Principio de legalidad.

Este principio constituye uno de los más importantes para el Derecho, que en todo momento debe ser aplicado por las autoridades administrativas, judiciales y laborales al emitir cualquier resolución, toda vez que "El principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el Derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal, la que a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo "Estado de Derecho", en sentido técnico."⁸⁸

* Cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario. Cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario. Cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.

⁸⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV, p. 2535.

El principio de legalidad se encuentra consagrado como derecho fundamental en el orden jurídico mexicano (artículos 103 y 107 de nuestra Ley fundamental). Sus antecedentes inmediatos provienen de la Constitución de 1857, la cual se inspiró en la institución del debido proceso legal, contemplada en la enmienda V, y posteriormente de la XIV, sección I de la Constitución de los Estados Unidos, con cierta influencia también de la antigua audiencia judicial hispánica.

Es conveniente advertir que el principio de legalidad alude a la conformidad o regularidad entre toda norma o acto inferior con respecto a la norma superior que le sirve de fundamento de validez, por lo que opera en todos los niveles o grados de la estructura jerárquica del orden jurídico. De este modo, no es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material y las normas individuales (decisión administrativa y sentencia), o en relación entre estos actos de aplicación y las normas legales y reglamentarias, en donde se puede postular la legalidad o regularidad y las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley, así como entre la ley y la Constitución; las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales. .

Así pues, los artículos 14 y 16 Constitucionales, particularmente por el desarrollo jurisprudencial que han tenido, proporcionan la protección del orden jurídico total del Estado mexicano, por lo que el principio de legalidad en ellos contenido representa una de las instituciones más relevantes y amplias de todo régimen de derecho.

En relación, primeramente, con el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución, el mismo expresamente establece: Nadie podrá ser privado, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

La anterior disposición constitucional corresponde a la fórmula angloamericana del debido proceso legal, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y contiene cuatro derechos fundamentales a la seguridad jurídica, que concurren con el de audiencia: a) el que a ninguna persona podrá imponerse sanción alguna (consistente en la privación de un bien jurídico como la vida, la libertad, sus posesiones, propiedades o derechos), sino mediante un juicio o proceso jurisdiccional; b) que tal juicio se sustancie ante tribunales previamente establecidos; c) que en el mismo se observen las formalidades del procedimiento, y d) que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

La primera parte del artículo 16 Constitucional, a su vez, establece: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento estricto de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Como se observa, en tanto que el artículo 14

regula Constitucionalmente, los requisitos generales que deben satisfacer las sanciones o actos de privación, el artículo 16 establece las características, condiciones y requisitos que deben tener los actos de autoridad al seguir los procedimientos encaminados a la imposición de aquéllas, los cuales siempre deben estar previstos por una norma legal, proporcionando así la protección al orden jurídico total.

Conforme al principio de legalidad previsto por el artículo 16 de la Ley Fundamental, se pueden distinguir los siguientes derechos fundamentales a la seguridad jurídica:

- a) El órgano estatal del que provenga un acto que se traduzca en una molestia debe encontrarse investido con facultades expresamente consignadas en una norma legal para emitirlo;
- b) El acto o procedimiento por el cual se infiere una molestia, debe estar previsto, en cuanto a su sentido y alcance, por una norma legal; de aquí deriva el principio de que los órganos o autoridades estatales sólo pueden hacer aquello que expresamente les permita la ley;
- c) El acto que infiere la molestia debe derivar o estar ordenado en un mandamiento escrito; y
- d) El mandamiento escrito en que se ordena que se infiera una molestia debe expresar los preceptos legales en que se fundamenta y las causas legales que la motivan.

Por otra parte es conveniente mencionar, como otro aspecto del principio de legalidad, el derecho a la exacta aplicación de la ley,

previsto por los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 Constitucional. El tercer párrafo, referido a los juicios penales, establece el conocido principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, al prohibir que se imponga, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

El principio de legalidad supone ya, el primer límite al ejercicio de las facultades discrecionales concedidas a los jueces, de tal manera que su arbitrio en el momento de aplicación de la norma penal se halla plenamente sujeto a lo dispuesto en la ley, sin que tenga la posibilidad de crear una nueva norma o una nueva regla para el caso en concreto. Esta primera delimitación se ve complementada con el necesario respeto a la finalidad y función teleológica de la propia norma de la que necesariamente emana dicha facultad.

Como concreción al principio de legalidad, en el proceso de la aplicación de la pena, el Código Penal en sus artículos 51 y 52,*

* Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

- I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;
- II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y el grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígenas, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y
- VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

establece una serie de criterios rectores en los supuestos en que concede facultades discrecionales a los jueces, que son de obligada apreciación por éstos en el momento de hacer uso de dichas facultades. Así, el arbitrio judicial es entendido por nuestro Código Penal, en sede de determinación legal e individualización judicial de la pena, como un arbitrio reglado, pues, si bien esta tarea es competencia privativa de los jueces, éstos han de tomar en consideración las líneas directrices que para cada supuesto prevé el Código Penal.

En base a este principio rector, así como al principio de igualdad, el juez deberá motivar en la sentencia las razones que le han llevado a fijar la pena finalmente impuesta, para que el ejercicio de su discrecionalidad haya sido correcto.

Cabe hacer mención, que no hay que confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, ya que la primera consiste en el uso motivado de las facultades de arbitrio concedidas a los jueces, en tanto que el segundo término se refiere a la no motivación del uso de las facultades discrecionales, ya que la discrecionalidad es lícita y no revisable en vía de amparo, la arbitrariedad se encuentra prohibida tanto por la legislación como por la Constitución.

De lo anterior, se desprende que la individualización de la pena constituye una actividad discrecional de los jueces, pero no se encuentra vinculada a criterios legales, y además debe aparecer

debidamente motivada en la sentencia, puesto que en caso contrario sería recurrible en juicio de amparo.

Para llegar a esta delimitación del arbitrio judicial, según la doctrina alemana, debe diferenciarse previamente entre dos técnicas legales que se confunden: la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

“La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente correctas, porque la decisión se fundamenta en criterios extralegales sometidos al juicio subjetivo del intérprete. En tanto que, mediante los conceptos jurídicos indeterminados, la ley se refiere a una esfera de realidad que no admite una determinación más precisa, es decir, se refiere a un supuesto concreto, aunque de forma imprecisa, el cual sólo admite una única solución: que se da o no se da.”⁸⁹

En el ámbito de la individualización de la pena no se trata de una pura discrecionalidad, entendida como la facultad de elegir libremente entre varias posibilidades igualmente justas, sino que se trata más bien de ejercer el arbitrio judicial teniendo presentes los criterios rectores de tal actividad, para conseguir los fines propuestos por la ley en cada caso concreto de forma racional y justa, es decir, vinculada a la ley.

⁸⁹ Esteban Juan Pérez Alonso, Teoría General de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, p. 324.

González Cussac, señala que el arbitrio judicial, como ejercicio de una facultad discrecional sometida a la ley y vinculada a un conjunto de criterios valorativos, debe emplearse conforme a pautas de racionalidad, medida proporcionalidad.

De todo lo anteriormente dicho en el presente capítulo, podemos decir, que el delito de ROBO a estudio (hipótesis cuando sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), el cual se encuentra previsto en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente, el mismo constituye un **DELITO ESPECÍFICO**, autónomo e independiente del tipo de ROBO simple o agravado, por los elementos que lo integran, como ya se ha mencionado.

4.15 Concurso de delitos y agravantes.

Ahora bien, siguiendo este orden de ideas, es importante hacer mención que en dicho ilícito específico, pueden o no concurrir ciertas circunstancias agravantes, atendiendo a los extremos que deben acreditarse para tener por acreditado dicho ilícito como son: el número de sujetos que lo cometan, el medio comisivo, que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), por lo que es procedente entrar al análisis de las circunstancias agravantes que suelen con mayor frecuencia concurrir en el mismo.

Violencia.

Se comenzará este apartado con la agravante de VIOLENCIA, prevista en los artículos 372 y 373 del Código Penal, la cual puede distinguirse en: violencia física o moral. Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo.

La violencia puede realizarse sobre la persona del sujeto pasivo del delito o contra cualquier otra, aunque en este caso, constituirá para el sujeto pasivo de la sustracción sólo intimidación. Por lo que respecta al nivel cuantitativo que debe alcanzar la violencia para considerar el apoderamiento robo, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la fuerza física que haya de desplegar.

De todas formas la violencia ha de tener una cierta intensidad que lleve aparejada cierta eficacia sobre el sujeto pasivo, debiendo ser distinta la intensidad para quebrantar el ánimo de un niño o de un anciano que para otras personas.

La intimidación constituye en realidad una amenaza encaminada a viciar la libre decisión de la voluntad del sujeto pasivo, es puramente subjetiva, es decir, basta con que coaccione en el caso

concreto a la persona y que además ésta haya sido la intención del sujeto activo.

El mal con que se amenaza debe ser grave, presente o inmediato. La gravedad del mal constituye una referencia valorativa que pretende justificar la operancia de la agravación de la pena. La exigencia legal, sobre la actualidad o inminencia del mal, excluye considerar como robo violento la situación en que se amenaza con males futuros, pues de darse la entrega de la cosas se configuraría el delito de amenazas.

“No es necesario que se demuestre objetivamente que el mal era real y cierto; basta que tenga la suficiente apariencia objetiva para subjetivamente intimidar,⁹⁰ es decir, dicha peligrosidad objetiva del medio empleado carece de relevancia, y así puede ser intimidación el uso de pistólas de juguete o detonadoras, ya que la violencia moral subsiste, pues el amenazado ignoraba la inocuidad del arma, y su apariencia objetiva crear la representación de un peligro capaz de intimidarlo.

En resumen, se puede decir, que no es preciso que la violencia o intimidación esté sólo en una relación de medio a fin con el robo, sino que basta con que esté presente en cualquier momento previo a la consumación de la sustracción, para dar lugar a un robo con violencia o intimidación en las personas; de lo que se desprende que si bien la violencia (física o moral), constituye por sí misma una calificativa, la misma no puede concurrir en el ilícito a estudio, ya que

⁹⁰ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. p. 66.

es un elemento integrante del mismo, lo que podemos observar, cuando el tipo describe: ... a través de la violencia... .

Asociación delictuosa y pandilla.

Asimismo, es importante destacar que el tipo penal de **ASOCIACIÓN DELICTUOSA**, así como la agravante de **PANDILLA**, previstas en los artículos 164 y 164 bis del Código Penal, no pueden concurrir con nuestro tipo a estudio, toda vez que si bien dichos preceptos establecen que: artículo 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir ... y artículo 164 bis.- Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, comenten en común algún delito.; de los que se advierte que para su comisión se requieren tres o más sujetos, no pueden concurrir con el ilícito a estudio, toda vez que uno de los elementos que integran dicho tipo penal específico, lo constituye: Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos..., el cual deviene a ser plurisubjetivo, tal y como lo constituyen dichas agravantes.

De acuerdo a lo anterior, además de que el ilícito a estudio, no puede concurrir con las agravantes en mención, tampoco lo es que concurren con otras conductas tipificadas en el Código Penal, vgr. El tipo penal de asociación delictuosa, por lo que sí tal situación en un caso concreto, la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de acumulación, tal y como lo señala el artículo 372 del Código

Punitivo, como lo pueden ser las lesiones y el delito de amenazas, previstas en los artículos 288 y 282,* respectivamente; máxime que el bien jurídico que tutela el tipo de robo a estudio, no sólo es el patrimonio de las personas, sino también su integridad física de las mismas; lo que se robustece con las siguientes tesis jurisprudenciales:

ROBO CON VIOLENCIA CUANDO ÉSTA CONSTITUYE OTRO DELITO.- Teniendo en cuenta la disposición legal contenida en la parte final del artículo 372 del Código Penal del Distrito Federal, que tiene su equivalente en otras legislaciones, en el sentido de que “si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación”, debe decirse que en el caso de robo en que la violencia se utiliza como medio preordenado para lograr el apoderamiento y dicha violencia integra otro tipo (lesiones, homicidio o daño en propiedad ajena), no debe sancionarse el robo como calificado por violencia y además sancionarse el delito que integró dicha violencia, pues si tal se hiciera se estará recalificando una situación al sancionarla como constitutiva de otro delito.

Sexta Época, Segunda Parte:

Vol. XXXI, Pág. 20 A.D. 2464/59. Francisco Torres Barajas.

Unanimidad de 4 votos.

* Artículo 288.- Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Artículo 282.- Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión o de 180 a 360 días multa:

- I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y
- II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.

penal en comento, como ya se dijo, pues si bien, esta circunstancia se hace presente en un caso concreto, se estaría recalificando la misma conducta; siendo que es de explorado derecho que no puede vulnerarse el principio mejor conocido como: **NOM BIS IN IDEM** (Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito), el cual se consagra en el artículo 23 Constitucional.

De la misma manera en como hemos hecho referencia, el delito de ROBO ESPECÍFICO, que se analiza en el presente trabajo, no puede concurrir con ciertas agravantes, asimismo es importante mencionar que sí puede concurrir con otro tipo de agravantes, toda vez que el tipo penal a estudio, no exige tales circunstancias, como son: algunas de las previstas en el artículo 381, del Código Penal, siendo las más usuales:

Fracción I.- Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado, de acuerdo a la siguiente tesis jurisprudencial:

Novena Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: V, Marzo de 1997.

Tesis: 1.3°.P21 P.

Página: 844.

**ROBO CALIFICADO. SON APLICABLES LAS PENAS
CORRESPONDIENTES CON LAS DEL NUEVO TIPO PENAL**

PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La calificativa prevista en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal, relativa a que el robo se cometa en casa habitación, puede concurrir con el nuevo tipo penal previsto en el numeral 371, párrafo tercero, del mismo Código Punitivo, el cual fue adicionado con el objeto de sancionar el delito de robo sin importar su monto, cuando se comete por dos o más sujetos mediante violencia, asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, toda vez que dichos elementos constitutivos no se modifican ni se sustituyen con el hecho de que se actualice la calificativa en mención, ya que ésta sólo viene a gravar las circunstancias en que se cometió el delito, por lo que resulta procedente que ambas hipótesis legales puedan concurrir.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2143/96. Héctor Iván Garza Cambrani.

31 de Enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: V. Oscar Martínez Mendoza.

Fracción VII.- Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público.

Fracción X.- Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otras en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquellas.

Por lo general, para que los jueces y Tribunales determinen la responsabilidad criminal del autor de un delito agravado de robo específico, se debe seguir el mismo procedimiento que en todos los demás delitos, es decir, en primer término, se partirá de la pena legalmente establecida para este delito en el Código Penal, después se procederá a la determinación cualitativa o de clase de pena, y en último término, se determinará cuantitativamente la pena, estableciendo el grado concreto de la pena a aplicar, y dentro de este grado, el juez fijará la pena exacta a imponer en cada caso. Al aplicar esto a los tipos agravados de robo, el procedimiento de determinación de la pena sería el siguiente:

- a) Para determinar legalmente la pena, se ha de acudir al marco penal-legal especialmente previsto para el tipo agravado de robo, que viene conformando por el grado máximo de la pena del tipo base o por la pena superior en un grado a la del tipo base, subtipo agravado o tipo cualificado, que determinar una pena propia y específica para ese caso.
- b) El segundo paso, en la fase de determinación de la penal, es el de determinar cualitativamente la pena, es decir, fijar la clase de pena sobre la que ha de operar el juez.

- c) En tercer lugar, se determinará cuantitativamente la pena, lo que tiene lugar en función de la división en tres grados: mínimo, medio y máximo, para fijar la pena o marco penal concreto.
- d) Finalmente, en sede de individualización judicial de la pena, los jueces fijarán la pena concreta dentro de los límites de cada grado, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes o atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito.

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES CRÍTICAS TENDIENTES A UNA POLÍTICA CRIMINAL

Como se ha mencionado, el delito de **ROBO**, previsto en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal vigente, que se analiza en el presente trabajo, es un tipo específico por los elementos que lo integran, es decir, por el número de sujetos que intervienen en la comisión del mismo, sin importar el monto de lo robado, y que el mismo sea cometido por medio de la violencia (física o moral), asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, teniendo como sanción de 5 a 15 años de prisión y hasta mil días multa; tipo penal que nos conlleva jurídicamente a diversas controversias de las cuales algunas de ellas ya se han ventilado en el desarrollo del presente trabajo, puesto que si bien del Código Penal, se observan contempladas o reguladas las agravantes del ilícito de ROBO, como pueden ser: la violencia, ya sea física o moral y la pandilla, desprendiéndose que al mismo tiempo son elementos esenciales del ilícito a estudio, (requisitos sin los cuales no puede acreditarse el ilícito en comento, en base al principio de legalidad, o a menos que la conducta se reencuadre al artículo 370, tomando en cuenta el monto de lo robado, a efecto de evitar impunidad), sin que para su acreditación importe el monto de lo robado, por lo que en el caso ¿cuál sería la razón de ser de nuestro tipo penal a estudio, en virtud de que los elementos que lo constituyen, así como las hipótesis que lo integran, ya están contenidas y reguladas previamente en el Código Penal, como agravantes del ilícito de ROBO;

máxime que la sanción prevista a nuestro criterio es sumamente elevada, y en base al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales,¹ el mismo se encuentra considerado como grave, por lo que los procesados por este ilícito no tienen derecho a gozar de su libertad provisional, ni posteriormente al momento de ser sentenciados por el mismo, alcanzan sustitutivos de la pena, ni muchos menos el beneficio de la Condena Condicional,² por lo que en el presente capítulo se estudiarán los efectos jurídicos del mismo, en base a criterios político-criminales, a efecto de determinar si fue conveniente jurídicamente su creación por el legislador, por lo que empezaremos a analizar brevemente lo que es **POLÍTICA CRIMINAL**.

5 Política Criminal.

La política criminal es el arte de apropiar a las condiciones especiales de cada pueblo las medidas de represión y de defensa social que la ciencia y el derecho establece abstractamente.

“La Política Criminal es considerada según la corriente más difundida de la doctrina como una de las partes del Derecho Penal, junto con la Filosofía, la Historia y la dogmática; considerándose el Derecho Penal como Ciencia Penal; toda vez que el concepto de Ciencias Penales se refiere al conjunto de ciencias y disciplinas que

Artículo 268. “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...; robo, previsto en el artículo 371, párrafo último...” . Artículo que fue modificado con las reformas al Código Penal para el Distrito Federal, publicadas en fecha 15 de Febrero del año 2000, quedando de la siguiente manera: “Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto a estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

¹ De conformidad a lo establecido por los artículos 70 y 90 del Código Represivo.

estudian al delito, al delincuente, las penas y medidas de seguridad desde diversos puntos de vista (filosófico, jurídico o causal explicativo).⁹¹

Ahora bien, en este orden de ideas, cabe decirse que las ciencias penales se ocupan de estudiar en alguna forma las conductas consideradas antisociales así como las normas que las rigen; por tanto para que una conducta sea delictiva tiene que estar consagrada como tal por la ley; el delito es una estructura jurídica, una abstracción, en tanto que la conducta es un hecho, una realidad, que no tiene ninguna relevancia para el Derecho en tanto no encuadre en la descripción típica.

La concepción de lo que es el delito, no puede surgir ni proporcionarse sino por el Derecho Penal y de él lo recibe la Criminología; con ese concepto trabaja ella permanentemente como punto de partida y de llegada de sus investigaciones, por lo que el Estado o la sociedad frente al fenómeno de la delincuencia, reacciona con dos tipos de medidas:

- Medidas preventivas, y
- Medidas represivo-preventivas (prevención por medio de la represión).

⁹¹ Octavio A. Orellana Wiarco, Manual de Criminología. p. 54.

5.1 Ubicación de la Política Criminal.

A partir de Augusto Comte, renació el interés por clasificar las ciencias y ahora es usual al iniciar el estudio de una disciplina, tratar de encuadrarla en una clasificación.

Jiménez de Asúa, formula un cuadro de las Ciencias Penales, de la siguiente manera:

- | | |
|---------------------------|--|
| A) CRIMINOLOGÍA. | Antropología Criminal.
Psicología Criminal.
Biología Criminal.
Sociología Criminal. |
| B) CRIMINALÍSTICA. | |
| C) DERECHO PENAL. | Filosofía
Historia
Dogmática
Crítica y Reforma (Política Criminal). |
| D) DERECHO PENITENCIARIO. | |
| F) CIENCIAS AUXILIARES. | Estadística
Medicina Legal
Psiquiatría Forense. |

La clasificación formada por Francisco Pavón Vasconcelos, “se apoya en un triple criterio para encuadrar las disciplinas que se ocupan del delito, delincuente y penas-medidas de seguridad, siendo esta la siguiente:”⁹²

A) Desde el punto de vista
Filosófico.

Filosofía del Derecho Penal.

B) Desde el punto de vista
Jurídico.

Ciencia del Derecho Penal o
Dogmática Jurídico Penal.
Historia del Derecho Penal.
Derecho Penal Comparado.
Política Criminal.

C) Desde el punto de vista causal-explicativo.

Fundamentales
Se ocupa del delito

Sociología
Criminal.

Se ocupa del
Delincuente

Antropología Criminal
Biología Criminal
Psicología Criminal.

⁹² Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 28.

	Medicina Legal.
	Criminalística
Auxiliares	Psicología
	Judicial
	Estadística Criminal.

Quiroz Cuarón, proporciona un esquema de las Ciencias Penales, modificando el realizado por Jiménez de Asúa, quedando de la siguiente manera:

I.- CIENCIAS CRIMINOLÓGICAS:

- 1.- Antropología Criminológica.
- 2.- Psicología Crimonológica.
- 3.- Biología Criminológica.
- 4.- Sociología Criminológica.
- 5.- Criminalística.
- 6.- Victimología.
- 7.- Penología.

II.- CIENCIAS HISTÓRICAS Y FILOSÓFICAS:

- 1.- Historia de las Ciencias Penales.
- 2.- Ciencias Penales comparadas.
- 3.- Filosofía de las Ciencias Penales.

III.- CIENCIAS JURÍDICO-PÉNALES:

- 1.- Derecho Penal – Dogmática Penal.
- 2.- Derecho Procesal Penal.

3.- Derecho Ejecutivo Penal.

4.- Derecho de Policía.

IV.- CIENCIAS MÉDICAS.

1.- Medicina Forense.

2.- Psiquiatría Forense.

V.- CIENCIAS BÁSICAS, ESENCIALES O FUNDAMENTALES:

1.- Metodología.

2.- Política Criminal.

De lo anterior se advierte que las Ciencias Penales se dividen en cinco grandes partes: Criminología, Historia y Filosofía, Ciencias Jurídicas, Ciencias Médicas y Ciencias Básicas, Fundamentales o Esenciales.

Como se puede observar en el cuadro anterior de las Ciencias Criminológicas se trata de ciencias del mundo del ser, mientras que las ciencias jurídico- represivas son ciencias del mundo del deber ser, es decir, las dos son totalmente diferentes y no se puede confundir la Criminología que es el estudio tanto del criminal como de su víctima así como del crimen y de la criminalidad, con la ciencia del Derecho Penal y las ciencias jurídico represivas, pues estas estudian normas que nos dicen cómo deber ser el hombre, qué es lo que debe hacer y qué es lo que debe omitir: es decir, estamos en un mundo normativo frente a un mundo naturalístico cultural.

No ha sido fácil encontrar colocación a la Política Criminológica dentro del cuadro de las Ciencias Penales, ya que se sirve del conjunto de ellas para lograr el fin supremo al que todas deben ir dirigidas: La Prevención.

La Política Criminológica, no se puede incluir como Ciencia Criminológica, pues no estudia la conducta antisocial, sino la forma de prevenirla incluyendo medios jurídicos. Tampoco podemos incluirla como Ciencia Jurídica, pues la prevención abarca medidas extrajurídicas, y se trata de evitar conductas que no por fuerza están previstas por la ley como delito. No es ciencia histórico-filosófica, aunque necesite de éstas para lograr su finalidad. De lo anterior se dice que es básica, esencial o fundamental, ya que sin ella sería muy difícil, el lograr la finalidad preventiva deseada.

“De la delimitación de la Política Criminal con la dogmática jurídico penal, de una parte, y con la Criminológica, de otra parte, resulta la imagen total de la justicia criminal como un edificio que descansa sobre tres pilares: la Criminología, que investiga el fenómeno criminal bajo todos sus aspectos, el Derecho Penal, que establece los preceptos positivos con que la sociedad afronta este fenómeno criminal, y finalmente la Política Criminal, arte y ciencia al propio tiempo, cuya función práctica es, en último término, posibilitar la mejor estructura de estas reglas legales positivas y dar las correspondientes líneas de orientación, tanto al legislador que ha de dictar la ley como al juez que ha de aplicarla, o a la Administración

ejecutiva que ha de transponer a la *realidad el pronunciamiento judicial*.⁹³

5.1.1 Concepto de Política.

Se entiende por política a la actividad a la que le corresponde indagar cuál es la mejor Constitución, cuál es la más adecuada para satisfacer las necesidades e ideales de todos y cada uno de los miembros de una sociedad, cuando no existen impedimentos externos, y cuál se adapta a las diferentes condiciones para ser puesta en práctica.

Este desarrollo no implica solamente a la política en su sentido primordial, es decir, de la acción encaminada al Gobierno del Estado, o de otros entes públicos, aunque incluya también ese tipo de actividades, sino que se trata de un concepto mucho más amplio. Este concepto amplio comprende el arte de orientar y llevar a cabo los fines a que apuntan las más variadas instituciones sociales, incluyendo directamente los entes públicos y las organizaciones privadas. En este sentido, la palabra política se utiliza para designar la línea de conducta que se elige tanto por una organización social como para un individuo, siendo así que se habla de una política de gobierno, de la política de una empresa industrial o incluso de una política de una persona.

“La Política, es el conjunto de actividades socialmente conscientes encaminadas a conseguir unas metas determinadas, mientras que en

⁹³ Claus Roxin. Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. p. 25.

el sentido más estrecho del término, estas actividades se realizan en el Estado, o más bien por intermedio del Estado.”⁹⁴

Lukic, describe a la política como una actividad consciente, algunos autores afirman que el hecho de la toma de decisiones va más allá del acto basado únicamente en el conocimiento positivo, porque la toma de decisiones está orientada hacia determinados objetivos ideológicos que reflejan las categorías de valores y además tiene que tomar cuenta de las realidades existentes.

Maria de la Luz Lima, concibe a esta ciencia “como un instrumento de cambio social que busca romper la incomunicación que existe entre los planificadores de diversas actividades y sectores, buscando dirigir todo hacia una sólo resultante: La Justicia Social.”⁹⁵

En la actualidad la Política Criminológica busca enfrentarse a la crisis de la justicia, replanteando estrategias de desarrollo social, mediante la elaboración sistemática de un plan de desarrollo integral, basado en informes sociales previos, proporcionando las rutas sociales adecuadas a los requerimientos de desarrollo nacional.

Esta ciencia tiene como objeto de estudio los medios de prevención de las conductas antisociales, medios que le son propuestos por el resto de la enciclopedia de las Ciencias Penales.

⁹⁴ Luis Rodríguez Manzanera, Criminología, p. 116.

⁹⁵ Ibid p. 113.

En Maggiore, encontramos que teniendo en cuenta que el fin del Derecho Criminal es la lucha contra el delito, podemos decir que la Política Criminal es la ciencia o arte de los medios de que se sirve el Estado para prevenir* y reprimir los delitos. El concepto de delito, comprende no sólo los hechos que son delitos, desde el punto de vista objetivo o subjetivamente, sino también a los hechos a los que se aplican medidas de seguridad.

La definición gramatical no sólo habla de reforma o lucha por medio del Derecho Penal, sino de prevención y de antisocialidad. La finalidad de la política criminal es la de estudiar las mejores actuaciones prácticas para impedir o reprimir la denominada delincuencia o criminalidad o lo que conocemos como antisocialidad.

No ha sido fácil encontrar colocación a la Política Criminológica dentro del cuadro de las Ciencias Penales, ya que se sirve del conjunto de ellas para lograr el fin supremo al que todas deben ir dirigidas: La Prevención.

No podríamos incluirla como Ciencia Criminológica, pues no estudia la conducta antisocial, sino la forma de prevenirla, incluyendo medios jurídicos. Tampoco entra como Ciencia Jurídica, pues la prevención abarca medidas extrajurídicas, y se trata de evitar conductas que no por fuerza están previstas por la ley como delitos.

* PREVENIR: (del latín *praevenire*), Apercibir, preparar y disponer con anticipación las cosas para un fin. Prever. conocer de antemano un daño o perjuicio.

Se piensa que esta ciencia, es básica, esencial, fundamental e indispensable, ya que sin ella es muy difícil el lograr la finalidad preventiva deseada.

González Quintanilla, opina que "la formulación y ejecución de una política consta de 4 elementos, que son:

- 1.- la determinación de los valores en que la acción se debe orientar;
- 2.- el estudio a fondo y minucioso de la realidad concreta con la que uno se enfrenta, y sobre con la cual se tiene que trabajar;
- 3.- el escoger los propósitos o fines determinados que se trata de alcanzar en esa realidad concreta; y
- 4.- la selección de los medios mejores, tanto desde el punto de vista ético como práctico de eficacia para conseguir el cumplimiento de los fines o propósitos que se escogió."⁹⁶

Por otra parte, el conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos lleva más allá del Derecho vigente.

Este conocimiento acerca a la cuestión del fundamento jurídico y de los fines del poder penal, así como del origen y de la naturaleza del crimen. La solución científica de estas cuestiones, es objeto de la **POLÍTICA CRIMINAL**, que estriba en la criminología y en la penología.

⁹⁶ José Arturo González Quintanilla. Derecho Penal Mexicano, p. 43.

No faltan tratadistas que afirman que la Política Criminal y la Criminología aplicada se identifican, otros estiman que más bien la primera, es una rama o parte de la segunda.

La corriente más difundida, como ya se mencionó, incluye a la Política Criminal como una parte del Derecho Penal. A pesar de la finalidad de criterios, cabe decirse que la finalidad de la Política Criminal será siempre la de mejorar el sistema penal para una mejor justicia. En este terreno la Criminología aporta material para la crítica y reforma de las leyes penales, de ahí su decisiva intervención en este campo.

La Política Criminal nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente, y nos revela cuál es el que debe regir, pero también nos enseña a aquél, de acuerdo a su fin, y a aplicar de acuerdo a dicho fin, a los casos particulares.

En la diversidad de las teorías penales sobre el fin de la pena, se depura la opinión del legislador, que, cada vez más separado de la prevención general, se ve obligado a ver el fin de la pena de la adaptación o segregación del delincuente.

“A la pena se le ha querido dar una función finalista, es decir, “utilitaria”, por oposición a la concepción dominante de los “clásicos”. Con ello quería señalarse que la pena debía proporcionarse no

únicamente a la gravedad del delito, sino a la peligrosidad del autor. De esta manera podían fundamentarse tres instituciones, que eran desconocidas en el siglo XIX, como son: la condena condicional, para las penas privativas de libertad de los delincuentes primarios; la libertad condicional, que autoriza la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando, luego de la ejecución de un mínimo por lo general de dos tercios, el autor demostrará que se había alcanzado el fin perseguido por la ejecución; la reclusión indeterminada para los multireincidentes y el aumento de la pena al reincidente.⁹⁷

Asimismo, se ha puesto de manifiesto la teoría racionalizadora del fenómeno penal, que reserva al Derecho Penal a los casos en que el conflicto social no tiene posibilidades de ser resuelto por otros medios de política social. Dentro de este fenómeno, se habla también de la despenalización de hechos de poca trascendencia social y jurídica, para reemplazar la represión penal por formas más eficaces, y menos costosas y de menores consecuencias desocializadoras que las del Derecho Penal.

Actualmente, se observa un proceso de penalización de ciertas formas de comportamientos socialmente muy dañosos que hasta ahora habían permanecido fuera del derecho penal, como es la delincuencia económica. De esta manera, la legislación penal tiene a una mejor realización de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

⁹⁷ *Ibid* p. 44.

Desde tiempo de César Lombroso, se señaló el fenómeno del factor criminógeno que puede representar la propia Ley Penal; es decir, cuando por ejemplo la conducta delictiva tiene prevista una pena excesiva, desproporcionada, se fomenta la impunidad de los delincuentes.

“La ley puede dar lugar a la comisión de otros delitos, en lugar de prevenirlos.”⁹⁸

En materia de penas cabe señalar en esta época la unificación de las penas privativas de la libertad en una única especie despojada de los elementos desocializadores de la pena de reclusión. Al mismo tiempo se observa una tendencia a incrementar los sustitutivos de la pena privativa de la libertad mediante una extensión de la condena condicional y nuevas formas de impedir la ejecución como pueden ser: advertencia con reserva de la pena, el arresto de fin de semana o el servicio comunitario.

La tendencia a sustituir la pena privativa de la libertad ha sido compensada con un significativo incremento de la pena de multa que en gran número de delitos se presenta como una pena alternativa a la privativa de la libertad.

En consecuencia, podemos decir que la POLÍTICA CRIMINAL, es el contenido sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la

⁹⁸ Luis Rodríguez Manzanera, Introducción a la Criminología, p. 31.

pena, según las cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución.

“La Política Criminológica, es la aplicación de todos aquellos conocimientos proporcionados por la investigación científica del crimen, del criminal y de la criminalidad, así como la reacción social hacia ellos, en el intento de evitarlos en forma preventiva. Y cuando esto no sea posible, reprimiéndolos.”⁹⁹

Para las Naciones Unidas, depende la Política Criminal cualquier proposición de una actividad deliberada que afecte los engranajes de la sociedad, o cualquiera de sus partes, con la finalidad de la prevención o control del delito.

Versele, define a esta ciencia como “el conjunto armónico de acciones destinadas a alcanzar la justicia social, y de ahí desprende que la Política Criminológica deber ser por lo tanto una Política social, una Política de Reforma Social.”¹⁰⁰

La Política Criminal, no aspira a sustituir al Derecho Penal, deber ir paralelamente; entre el Derecho y la Ley Penal, de un lado, y de la práctica criminal y penal, por otro lado.

El Derecho Penal, da la norma de sus fines, en cambio, la realidad histórica, nos muestra los diferentes medios empleados que

⁹⁹ José Arturo González Quintanilla, *op cit*, p. 45.

¹⁰⁰ Luis Rodríguez Manzanera, *op cit* 110.

ofrecen las condiciones actuales de vida. De aquí se derivan las dos funciones principales de la Política Criminal:

1.- Crítica a la legislación penal vigente, de acuerdo con los fines del Derecho y de la pena y observación de los resultados; y

2.- Propositiones para la reforma del Derecho Penal actual.

La Política Criminal es, la doctrina de la posibilidad política en relación al fin de la prevención y la represión de la delincuencia. Su función es vital para el Derecho Penal, porque si éste prescinde de la realidad, es decir, de la posibilidad política, vendría a ser un catálogo de utopías, ya que una hipótesis, cuya realización política no es posible, no entra en el dominio de la ciencia jurídica.

5.1.2 Función de la Política Criminal.

La función de la Política Criminal es la misma que la del antiguo Derecho Natural, con la diferencia de que la intuición en que se apoya, es de carácter empírico de la naturaleza humana, conforme la muestran las ciencias antropológicas, tomando al hombre en la integridad de sus impulsos, como es el hecho de que la Política Criminal tiene dos fines: uno crítico y otro constructivo. Sobre el Derecho Penal positivo ejerce una indagación crítica acerca de la oportunidad de las incriminaciones, de las agravaciones y de las atenuaciones. Sobre la idoneidad y adecuación de las penas. Sobre las lagunas e incertidumbres de las normas, sobre las tendencias de la jurisprudencia y de la ciencia, sobre los medios con que el Estado prevé a actuar el Derecho, y mediante la elaboración de observaciones así recogidas, indica cuáles sean las reformas que deben de llevarse a

las leyes y cuáles los mejores medios de obrar en la lucha contra el delito, en los límites de la posibilidad política.

Existe otra corriente de pensadores que toma como posición la prevalencia de la Política Criminal, incluso por encima del legislador y de la Ley Penal, tanto procesal como sustantiva, asegurando que esta ciencia debe tener una función rectora determinada por una Nueva Defensa Social, y no a la justicia como centro y fin último de toda actividad jurídica. Se quiere evitar la práctica de injusticias con la excusa de la intimidación general en favor de la justicia. Pretende que las penas y las medidas de seguridad y todo otro tratamiento del delincuente, sean humanas, por ello, ha de desterrar el uso de los medios que violan la dignidad de la persona: como pueden ser: la esterilización, la castración, penas torturantes, entre las más importantes.

La Sociedad Internacional de Defensa Social, se propone estudiar los problemas de la criminalidad en la perspectiva de un sistema de reacción anticriminal, que teniendo en cuenta los factores del acto antisocial y las posibilidades de resocialización de su autor, pretende simultáneamente defender a la Sociedad de los delincuentes y proteger a los individuos contra el peligro de caer o recaer en la delincuencia.

Algunos criminólogos, expresan que el crimen es una amenaza para la salud pública; siendo que por crimen no se entiende única y exclusivamente a aquellos hechos tipificados por el Código Penal, sino por el contrario, se entiende en un sentido más amplio, en su sentido

de conducta antisocial. Es así que, los hechos que alteran la paz, la seguridad, la libertad y la salud pública, deben estudiarse como una expresión de Patología Social.

Al entenderse el crimen de esta forma (amplia acepción), la política que ha de seguirse es anti-criminal y no criminal, pues este término puede entenderse como adjetivo, confundiendo así la Política criminal con la Política Criminológica, que toma los conocimientos de la síntesis lograda por la Criminología para aplicar medidas correctas en la lucha anticrimen.

En realidad, una buena, adecuada y correcta Política Criminológica lograría evitar las conductas antisociales antes que se produjeran, y quizá antes que fuera necesario legislar.

La Política Criminal viene a constituir el señalamiento que implica las formas de encauzar la implementación o instrumentación de aquellas directrices que pueden considerarse más eficaces para corregir defectos o disposiciones que no concuerden con la realidad histórica, y desde luego, que sirvan para salvaguardar intereses comunitarios, como las del propio individuo en lo particular. Mediante la misma, previamente se analizan y jerarquizan valores para que se plasmen en los diversos mecanismos legales.

Los postulados de la Política Criminal sirven de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del Derecho Penal. Los problemas teóricos implicados en la nueva

delimitación de lo jurídico no han sido todavía agotados. De todos modos, es posible afirmar que los puntos de vista político-criminales impregnan la construcción del sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de Política Criminal tiene su sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado para su realización.

La Política Criminal demanda estudios por parte del Estado que consideren los diversos ángulos de tipo social. Así por ejemplo, el problema que se plantea al planificador es el de cómo tratar eficazmente aspectos del desarrollo para alcanzar el crecimiento económico y un mayor nivel de vida y al mismo tiempo, prevenir la delincuencia o contenerla dentro de los límites aceptables de la sociedad.

5.1.3 Denominación de la Política Criminal.

En cuanto a la denominación Política Criminal, se puede decir que este término no es del todo correcto, en virtud de que el vocablo política, es sinónimo de juego sucio, de corrupción, etc, aunado al adjetivo criminal, hace sospechar que se está haciendo referencia a política que es criminal, es decir, la actividad social de funcionarios públicos o de un gobierno.

“Sin embargo en algunas reuniones científicas, se decidió utilizar el término “Política Criminal” para designar el conjunto de medidas prácticas que el Estado debe tomar para prevenir la criminalidad. La

Política Criminológica, por su parte, sería la aplicación de los conocimientos criminológicos en la prevención general y especial de las conductas antisociales.¹⁰¹

Se considera la denominación criminal, impropia, y preferimos utilizar el término genérico de Política Criminológica por considerarlo más adecuado.

La Política Criminológica tiene como temas principales:

- Política General, Política Criminológica y Política Social.
- Prevención, concepto y fin.
- Programas y prioridades.
- La evaluación.
- Política Legislativa.
- Política Judicial.
- Política policíaca.
- Política penitenciaria.
- Los sustitutivos penales.
- La peligrosidad sin delito.
- Los cambios de estructuras.

5.2 Política Criminológica y Derecho.

Algunos autores consideran que la Política Criminológica es simplemente el aprovechamiento práctico, por parte del legislador, de los conocimientos adquiridos por las Ciencias Penales, a fin de dictar

¹⁰¹ *Ibid* p. 111.

la disposiciones penales pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social.

Para Langle, la Política Criminal es la reforma regular de la Legislación Penal, a provecho del bien común. Política Criminal es Política de Legislación Penal.

La Política Criminológica no se reduce tan sólo a legislar o deslegislar, sino a tomar medidas preventivas de carácter social, económico, psicológico y jurídico. Esta no se agota en el simple arte legislativo aunque Política y Derecho aparecen estrechamente unidos.

Roxin, dice que: "el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales, y éstas a su vez en reglas jurídicas de **lege lata o ferenda**, es un proceso cuyos estudios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo. Afirma que la Política Criminológica, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho Penal, está situada fuera de lo jurídico."¹⁰²

El Derecho y la Técnica Jurídica pura no son suficientes para combatir racional ni eficazmente al fenómeno de la delincuencia.

La evolución de las ciencias humanas y sociales, como la evolución de la democracia y la convivencia social, fueron tal que la Política Criminológica no está ya fundada en una criminología del

¹⁰² Claus Roxin. Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, p. 77.

derecho tal que la postura de formas más amplias escapa al dominio de lo Jurídico y de lo Judicial.

Bacigalupo, decía que lo importante no es la dogmática, sino el uso que se le dé en la Política Criminal, siendo que Righi, agrega que los penalistas creen que lo más importante es la armonía del sistema, en realidad lo importante es la operatividad. Lo que implica que los cambios requeridos no son tanto de leyes como de estructuras sociales, políticas y mentales.

5.3 Política Criminológica y Política Social.

En la realidad histórica, todas las sociedades se transforman con gran velocidad, produciendo factores criminógenos y nuevas formas de criminalidad.

Es necesario que cada país, cultura y civilización indiquen los males que a ella afectan, ya que el crimen solamente podrá ser analizado estudiando la estructura que lo ha producido, es decir, el fenómeno de la criminalidad no podrá explicarse si no es dentro de un contexto social que se da en un tiempo y en un espacio específicos. Las formas y modalidades de la criminalidad se han ido transformando a la par del desarrollo social, no así nuestros sistemas de prevención, que en el momento actual se encuentran desvinculados de los cambios técnicos y científicos, lo que trae como consecuencia su ineficacia.

El precio del progreso y de la transformación socio-económica exigidos por la sociedad de consumo que se ha desarrollado es elevado en términos de inadaptación y delincuencia.

“En la mayoría de los países el Derecho Penal es un subsistema excesivamente estático del control social. Como todo sistema jurídico, se funda en normas cuya estabilidad asegura ciertamente la seguridad de los justiciables, pero que no implica una discordancia entre los “bienes jurídicos protegidos” y las necesidades e intereses actuales de una vida social que durante los últimos decenios ha sido particularmente móvil.”¹⁰³

Los países latinoamericanos en vía de desarrollo nos ponen en presencia de una criminalidad de inadaptación económica y cultural en los barrios más pobres de las ciudades. Por otro lado los cambios técnicos han producido nuevas formas de criminalidad que quedan fuera de nuestros Códigos. Entre las que se tienen varias actividades engañosas que obstaculizan el desarrollo de los países pobres como son la zona gris, que se integra por actividades ilegales o cuasilegales no detectadas, ya que contienen complicadas transacciones de contabilidad.

Esto nos muestra que muchas veces se criminaliza a quiénes sólo requerían ayuda económica, y no se persigue a quiénes realmente necesitan un tratamiento o simplemente en escarmiento por perjudicar a toda la colectividad.

¹⁰³ Severin Verselc. Conclusiones de las Secciones de Trabajo. Publicación de las Primeras Jornadas de Defensa Social en América Latina, p. 296.

Fernández Doblado, afirma que las fronteras de la represión penal deben ser fijadas en función de la evolución socio-cultural de la colectividad, y que la complejidad de la estructura social ha modificado lentamente el estilo criminal.

La prevención criminológica ha dejado de caminar por los rieles del progreso, sus vectores se dirigen cada uno simultáneamente a diversas direcciones, sin una planificación debidamente integrada.

Los países subdesarrollados, se enfrentan con un impacto que los debilita en materia internacional que es el mundo de la economía, por medio de las presiones del control de valores, las actividades de las transnacionales, los precios de transferencia, la venta de tecnología obsoleta, etc., por lo cual no pueden sustraerse de una crisis general que paraliza irremediablemente su ruta de desarrollo. Para ello, es necesario iniciar un programa de prevención que contemple los aspectos humanos, tomando en cuenta los factores de cambio; debe ser un plan proyectivo, es decir, que contemple nuevas necesidades y llevar así a cabo una actualización continua, dentro de un marco económico-social que asegure una auténtica Justicia Social.

Es necesario asimismo estudiar las repercusiones del delito en todos sus aspectos en relación con la vida nacional, ya que éste posee un costo social que modifica la economía.

“En el V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, se hizo referencia a que se deben mejorar o crear mecanismos de evaluación de las consecuencias económicas sociales del delito, para lo cual existen criterios básicos como son el análisis en materia costo-beneficio, que nos proporcionen esquemas más viables y productivos.”¹⁰⁴

Para hacer una política criminológica, de defensa social adecuada, de una visión global de la sociedad en un momento y en unas circunstancias determinadas, es necesario insertar a la Criminología en el complejo de todas las ciencias, insertar al delincuente en la comunidad de sus hermanos y plantear a la Política Criminal dentro del cuadro de una Política General con la que se persigan la libertad, la justicia individual y social, así como el desarrollo provechoso para todos los hombres y para todos los pueblos.

Lo anterior obliga primeramente a instrumentarse con una debida planeación, unas buenas estadísticas y un buen articulado de la prevención, que aseguren una óptima correlación entre política criminológica y desarrollo nacional e internacional.

5.4 Política Legislativa.

Anteriormente se mencionó que la Política Criminológica no es una ciencia jurídica, pues la finalidad rebasa en mucho el simple cambio de legislación.

¹⁰⁴ Luis Rodríguez Manzanera. Criminología. p. 121.

Jurídicamente la Política Criminológica no nada más es crear normas, sino es la aplicación correcta de las mismas. En el caso podríamos dividir la política criminológica en diferentes momentos:

Legislativo: uno de los momentos más importantes pero no el más importante, ya que en nuestro país, le damos a la ley atribuciones que no tiene. Cuando se quiere resolver un problema se crea una ley creyendo que con eso se solucionaba dicho problema. De esta forma, no es raro, que ante la comisión de algún crimen con características sensacionales se llega a destacar tal conmoción colectiva en nuestro país, las cuales no contribuyen a la erradicación del mal perseguido.

Estos dos fenómenos, la inflación penal y la superstición de la ley, han sido estudiados por criminólogos contemporáneos, y se consideran en todo los países como graves problemas a resolver por la Política Criminológica, lo que indica la necesidad más de deslegislar que de legislar. Puede darse el caso de que la ley en vez de sentirse como protectora, puede ser percibida como violencia.

Es básico el arte legislativo, ya que no se trata nada más de hacer leyes, sino de hacer leyes coherentes, de hacer leyes que se cumplan. Se debe de legislar de acuerdo con los conocimientos que le da la Criminología o de acuerdo a lo que él piensa que debe ser, o de acuerdo a lo que conviene al partido al que pertenece. **Se puede dar el caso, cómo en muchas ocasiones la ley en lugar de convertirse en un instrumento regulador o normativo del delito se convierte en un factor criminógeno.**

Según Claus Roxin, "los tres requisitos fundamentales que deben exigirse a un sistema fructífero son:

- a) Claridad y ordenación conceptual;
- b) Referencia a la realidad; y
- c) Orientación en finalidades político criminales."¹⁰⁵

5.5 Política Judicial.

Después del momento legislativo, es decir, después de elaborarse una ley bien hecha, se debe de buscar su correcta aplicación y es aquí donde la Política Criminológica queda en manos de los jueces, lo que representa una gran responsabilidad.

El momento judicial es sumamente importante, se ha estudiado cómo una mal o equivocada política de los jueces se convierte en factor criminógeno.

Versele, asegura que con razón la formación de un juez no puede limitarse a conocer bien la ley, y aplicar correctamente sus preceptos, la formación de los jueces debe comportar su preparación al arte de juzgar, es decir, el arte de comprender también factores y decisiones no jurídicas y a tomarlas en cuenta en sus decisiones.

Los jueces se ven obligados a actuar dentro de una política criminológica general, y son una parte importante del sistema, por ello la necesidad de su cuidadosa selección y especial preparación. La

¹⁰⁵ Claus Roxin, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, p. 33.

errónea aplicación de la política legislativa de inflación penal repercute en el aspecto judicial, ya que se carga el trabajo de los tribunales, lo que resulta ser grave, si es el caso que el acusado se encuentra detenido en prisión preventiva.

Se ha aconsejado acelerar, desjudicializar la justicia penal, pues su lentitud, el abuso de la materia penal, el exceso de fórmulas incomprensibles y esotéricas, los ritualismos, la solemnidad inútil, hacen que el ciudadano común haya perdido la fe en ella.

Política Penitenciaria.

La misma se estudiara en el apartado correspondiente del presente capítulo; sin embargo, cabe mencionar que "el principio por el que debe regirse toda la Política Penitenciaria es el principio de necesidad, pues sólo deben ejecutarse las penas estrictamente indispensables para los fines de la prevención."¹⁰⁶

5.6 Concepto de prevención.

Por prevención debe entenderse prever, conocer de antemano un daño o perjuicio, así como preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin.

¹⁰⁶ Luis Rodríguez Manzanera. *op.cit* p. 121.

En materia criminológica, prevenir es el conocer con anticipación la probabilidad de una conducta criminal, disponiendo los medios necesarios para evitarla.

Según Ceccaldi, prevención, es la política de conjunto que tiende a suprimir o al menos a reducir los factores de delincuencia o inadaptación social.

Peter Lejins, habla de tres modos de prevención:

- 1) Prevención punitiva que se fundamenta en la intimidación, en el desistimiento por medio de la amenaza o de la pena;
- 2) Prevención mecánica.- Trata de crear obstáculos que le cierren el camino al delincuente; y
- 3) Prevención colectiva.- Trata de detectar y eliminar si es posible, los factores criminógenos en la vida; se trata en una forma de no penar la predelinencia.

Para Canivell, existen tres formas de prevención:

“1º. Prevención primaria. Toda actividad de carácter general que tiene un fin de saneamiento social que se espera evite o reduzca la incidencia de fenómenos delictivos y de los que producen riesgos a la comunidad.

2º. Prevención secundaria. Es la que se ejerce sobre personas de las que se pueda afirmar la posibilidad o la probabilidad de cometer delitos o de adoptar un género de vida que las pueda hacer especialmente peligrosas.

3°. Prevención terciaria. Es la que se propone evitar que personas que ya han delinquido o incurrido en actividades esencialmente peligrosas, persistan en su conducta socialmente nociva.¹⁰⁷

Existen diversas maneras de agrupar las medidas de prevención; así pueden ser generales e individuales, de acuerdo con los factores que generan.

Barreto, prefiere clasificar las medidas de prevención basándose en ciertas distinciones como son:

- Los objetos del delito;
- Los medios del delito; y
- El autor del delito.

Sánchez Galindo, menciona que se debe prevenir antes que castigar, las sociedades del futuro deben establecer métodos de prevención y tablas de predicción de tal suerte eficaces y valiosas que, aplicadas a tiempo hagan las prisiones objetos del pasado.

Enrico Ferri, menciona que la represión jugará un papel sin importancia en el futuro. Se cree que cada rama de la legislación llegará a preferir los remedios de la higiene social a aquellos que se aplicarán día a día. Así se llegará a la teoría de la prevención del crimen.

¹⁰⁷ Joaquín Martín Canivell, Prevención y Previsión del Delito. En Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad, p. 271.

No debe olvidarse, que en materia de prevención la desaparición del delito no puede ser más que una de tales ilusiones, porque existirá más bien transformación que desaparición todo a través de ciclos de exaltación y depresión de la actividad criminal.

5.7 Objetivos de la prevención.

Los objetivos de la prevención, según Pizotti Méndez son:

- “1.- Las investigaciones encaminadas a la obtención de un diagnóstico sobre las actitudes personales y los hechos sociales concurrentes a la génesis del delito, así como otros tipos de comportamiento o componentes de situación pre-delictiva.
- 2.- La evaluación de las investigaciones criminológicas para establecer un plano de profilaxis social con el fin de disminuir la incidencia delictiva.
- 3.- De personal adecuado para aplicar las medidas inherentes a la prevención.
- 4.- La centralización, confección y publicación de estadísticas y tablas de prógnosis criminal.
- 5.- La realización de campañas de orientación de la colectividad para obtener su colaboración en la prevención del delito.
- 6.- La elaboración de proyectos de ley, de reglamentos, normas y procedimientos relacionados con la política antidelictiva.
- 7.- El estudio y la coordinación de todo lo que se refiera a asistencia oficial a eventos nacionales e internacionales relacionados con la etiología y la prevención del delito.

8.- La aplicación de medidas de profilaxis social."¹⁰⁸

La prevención no puede hacerse empíricamente, aunque es común en todo el mundo que los programas de prevención sean inorgánicos y que las técnicas más modernas se encuentran parcial y escasamente desarrolladas; es necesario principiari por planificar la prevención, 'y posteriormente hacer una evaluación de los programas preventivos, sus métodos y finalidades.

Este plan se basa en cinco pasos continuos:

1.- Actividades previas, que consisten en:

Fijar objetivos.

Establecer el personal técnico que se encargará de realizar y dirigir el planeamiento.

Información. Despertar el interés y buscar la participación de la opinión pública.

2.- Elaborar el proyecto del plan, que se integra por:

Determinar las necesidades de asistencia.

Evaluar la capacidad asistencial.

Determinar las causas principales a las que el déficit puede atribuirse.

Formación del proyecto de plan.

3.- Consulta y adopción del plan.

¹⁰⁸ Luis Rodríguez Manzanera, *op cit* pp. 128 y 129.

4.- Ejecución del plan con objetivos a tres plazos: largo, mediano y corto. En esta fase se utiliza en gran parte la demostración y la experimentación

5.- Evaluación, replanteamiento y adopción del plan definitivo. Este último se integra por:

Conocimiento integral del problema.

La formación de comisiones intersecretariales.

Participación de la comunidad, principalmente:

- A) Participación de las familias;
- B) Participación de las organizaciones privadas; y
- C) Participación de las escuelas, talleres o cursos.

En nuestro país no hay un plan bien definido de prevención; la actividad en lo general es puramente represiva, ya que se espera a que el individuo cometa un delito para castigarlo, es decir, que se ataca el hecho delictuoso, no las causas que lo producen, o los factores que lo favorecen.

Planteamiento del problema.

Antes de pretender planificar la solución del problema debe hacerse un profundo estudio de la situación socio-económica y política de cada país. La historia puede darnos valiosa información sobre el desarrollo psico-social del pueblo. Los países latinoamericanos son naciones con características y cultura propias, por lo que deben buscarse soluciones propias también.

Para lo anterior es necesario la utilización de estadísticas para conocer los problemas, ya que no podrá existir investigación criminológica si se carece de datos estadísticos confiables y con propósitos definidos.

No se debe apartar de la idea que algunas modernas modalidades de criminalidad, como lo es la violencia generalizada, la contaminación del ambiente, la delincuencia transnacional y la juvenil son fenómenos universales, y que van más allá de las causas locales, distinguiéndose como factores generales: la explosión demográfica, la abundancia de medios de comunicación la inestabilidad y transformación geopolítica.*

El problema de la criminalidad de menores comprende conductas muy diversas, que van desde el comportamiento social agresivo hasta las inhibiciones que predisponen al menor a ser víctima, pasando después por comportamientos delictivos colectivos e incontrolables, de aquí surge la necesidad de distinguirlos y clasificarlos, restringiendo el término delincuente juvenil, al joven transgresor de la ley penal, y plantear con gran claridad los conceptos de peligrosidad y desviación. Además son necesarios estudios de la niñez y la juventud en general, para poder tener patrones válidos de comparación entre menores delincuentes y no delincuentes.

La delincuencia transnacional, nos plantea nuevos problemas que no pueden combatirse con los medios tradicionales, ni prevenirse por un solo país.

* GEOPOLITICA: Teoría política que consideraba que la configuración y situación geográfica de los Estados determinaba su desarrollo histórico.

5.8 Planificación.

Planificar* es hacer el plan o proyecto de una acción.

La planificación debe entenderse como una operación política y técnica que tiene por finalidad la transformación dirigida de un lado a las condiciones generales de vida, de las que forma parte la justicia, y por otro a las instituciones, servicios y medios directamente relacionados con esas condiciones de vida.

Planificar, en Política Criminológica, es la preparación racional de los objetivos y de los medios necesarios para llevar a cabo una política criminal de justicia, socialmente eficaz y justa. Es la sistematización sociopolítica y técnica de prioridades, actividades y medios dirigidos a la implantación de una política criminal de índole social.

Es necesario un órgano donde se coordine la planificación. La multiplicidad de planes no es benéfica e impide dirigir y evaluar correctamente la política.

Por lo complejo de la actividad preventiva, se capta como indispensable el eje central que debe quedar rubricado dentro de la estructura administrativa en forma intersecretarial.

La planificación de la política de prevención debe tener los requerimientos siguientes:

* PLANIFICAR: Trazar los planos para la ejecución de una obra. Someter a planificación.

- 1.- Considerar la complejidad del fenómeno delictivo.
- 2.- Considerar las realidades actuales y futuras.
- 3.- Considerar los problemas en su sistema político y económico.
- 4.- Considerar la base humana en la comisión del delito.
- 5.- Considerar todos los recursos disponibles.

Programas de prevención y evaluación.

Deben distinguirse dos tipos de programa de prevención, el primero es la acción que se aplica a un factor criminógeno, el segundo es el programa combinado, que se aplica en medios de alto índice de delincuencia.

A).- Programas unitarios.

Los programas unitarios, son condiciones necesarias para controlar los resultados: la adecuada elección del factor criminógeno, el cual debe ser indudable y de naturaleza tal que pueda ser tratado con acciones simples (vigilancia, iluminación, escuelas, apertura de campos deportivos o talleres).

La acción preventiva, además de simple, debe ser fácil de aplicar, no necesita personal altamente capacitado para poder ser evaluada en breve. El criterio principal de evaluación debe ser la variación de la proporción de la delincuencia, la que debe compararse siempre con la de otras localidades en que no se haya aplicado las medidas preventivas. Además, se tienen criterios parciales o secundarios,

como: en menores de edad, mayor asistencia a la escuela, menor reprobación, menos fugas del hogar; en adultos, menor ausentismo en el trabajo, menor índice de drogadicción, menor alcoholismo.

Por último debe procurarse tener las correlaciones establecidas de antemano, y recordar que ciertas formas de averiguación son en si una forma de intervención del fenómeno.

B).- Programas combinados.

Se aplican generalmente a medios altamente criminógenos, donde se combinan múltiples factores (super población, miserias e ignorancia), y en lo que, comúnmente, se da el fenómeno de subculturas criminales.*

La acción es compleja, coordinando diversas medidas elementales, dirigiendo su acción a las pandillas, y pudiendo durar varios años, por lo que la evaluación no puede hacerse de inmediato. Para evaluar, se utilizan los mismos criterios antes citados, teniendo un gran cuidado, ya que la cantidad de variables es mucho mayor. El manejo de grupos de control es también más difícil en estos programas, pero muy necesario para la evaluación.

* La criminalidad del delito plantea enormes dificultades para llegar a generalizaciones de orden teórico. Por ejemplo, el grado causal de la pobreza, de la falta de educación, de la industrialización, de la urbanización o la falta de empleos dignos.

El órgano de prevención.

La prevención debe ser detalladamente planificada y coordinada. Todos los organismos, públicos o privados, así como todas las personas, deben participar en la solución del problema.

Debe crearse un órgano coordinador y organizar a nivel federal. Este órgano debe estar compuesto por comisiones intersecretariales y con participación de todos aquellos grupos o instituciones que en cualquier forma tengan que ver con problemas de delincuencia.

Este órgano debe formar las relaciones para la participación de la comunidad en los planes y programas de prevención y de tratamiento.

Debe también evitar la concentración del esfuerzo asistencial y proteccional en los grandes centros urbanos, que perjudicar a los pequeños centros de población.

El organismo que se propone se ocuparía de concentrar y elaborar los datos referentes a criminalidad, para tener estadísticas que puedan mejorar el conocimiento del problema.

Este sería el órgano de vigilancia, control y censura de medios de difusión y espectáculos que sean criminógenos. Podría también crear centros de investigación, de orientación y de asistencia, así como clínicas de conducta, bolsas de trabajo, entre las más importantes.

Por último, sería el órgano adecuado para revisar la legislación, proponer reformas y adiciones, lograr la unificación y hacer que la ley no quedara tan sólo en un simple buen deseo.

Plan de desarrollo.

El plan de desarrollo es un instrumento que regula el crecimiento de la Política Criminológica, fijando una serie de principios que hagan posible su expansión.

José María Rico, afirma "que se carece de lineamientos generales para la articulación coherente una política criminal y progresista."¹⁰⁹ Se debe crear una política criminológica capaz de alcanzar sus objetivos, para lo cual: se debe formar al personal adecuado con criterios y conocimiento en la materia, siendo necesario producir y forjar los instrumentos necesarios para la mismas.

Dentro del plan de desarrollo se realizará una jerarquización en los objetivos y se establecerán condiciones, es decir, se enmarcarán los objetivos finales y se establecerá el orden de importancia, atendiendo al momento y circunstancias de la sociedad.

El plan tiene como primer obstáculo a vencer la desproporción existente entre la Política Criminológica y la evolución de la criminalidad. Debe buscarse superar la desproporción, incrementando su curva de desarrollo.

¹⁰⁹ José María Rico. La Descriminalización, el Ejemplo Canadiense. XXV Curso Internacional de Criminología. Guayaquil, Ecuador, 23-24 de Noviembre. 1975.

El plan debe contener un criterio inversionista calculador para emplear sus recursos humanos, materiales, técnicos y financieros, a medios ambientes seleccionados previamente según su capacidad de asimilación, ya que el porcentaje de rechazo al plan evalúa su éxito o fracaso. Es necesario el desarrollo continuo, cuantitativo y cualitativo del plan.

“La Política Criminológica debe contener:

- Una organización consolidada;
- Una estrategia que regula el plan; y
- Una táctica que permita la realización de la estrategia en la práctica.”¹¹⁰

El plan estará constituido por diversas etapas, que contendrán planes específicos, con un objetivo definido según la etapa; para cada plan se nombrará un responsable, el cual estará sometido a evaluación sobre sus logros y a límite de tiempo.

El crecimiento del plan en los medios elegidos debe ser sincronizado. En lo que se refiere tanto a planeación y control, así como a evaluación de resultados, es decir, se deben tratar de evitar rezagos parciales y retardos que frenen los logros planeados; a su vez esto evitar los pasos precipitados que acarrear desajustes que igualmente frenan las metas generales de desarrollo.

¹¹⁰ Luis Rodríguez Manzanera, *op cit*, p. 135.

Para que sea posible instrumentar la Política Criminológica, es necesario sensibilizar a los altos funcionarios así como a los planificadores, sobre el contenido, del mismo, sus alcances y objetivos. Un requerimiento previo a la reforma de la Política Criminológica, es informar y movilizar al público.

Etapas de desarrollo.

El plan constará de varias etapas. Para las cuales se nombrará un responsable.

Primera etapa: Uno de los problemas básicos de algunas de las ciencias sociales ha sido el realizar actividades sin un estudio profundo previo del contexto social hacia el cual van dirigidos, por eso frecuentemente fracasan una vez iniciados.

Debe partirse de premisas netamente comprobadas científicamente, que nos permitan formular planteamientos concretos y reales; investigaciones que arrojan datos objetivos y manejables.

Todos estos estudios deben ser: objetivos, interdisciplinarios, concretos y científicos, ya que mediante ellos formularemos nuevas teorías que den soluciones a estos problemas, crearemos nuevas filosofías que sirvan de fundamento a nuestra estrategia.

Para la consecución de la primera etapa es necesaria la creación tanto de Institutos de investigación oficiales como autónomos.

Segunda etapa: Previo a toda decisión política en materia de criminalidad, es imprescindible contar con un informe social, con arreglo a indicadores idóneos sobre todo teniendo en cuenta la importancia de la marginalidad y marginalización social en Latinoamérica.

Este informe se elaborará con los resultados de todas las investigaciones, mismas que determinarán la evaluación de las necesidades básicas sobre Política Criminológica, y nos permitirán establecer las prioridades. La Política Criminal es una sistemática de lo posible en el campo de la lucha contra la criminalidad.

Asimismo se indagará sobre qué base estratégica de defensa social deben descansar las actividades.

En resumen, en esta etapa se realizará lo siguiente:

- Se elaborará el informe social;
- Se establecerán los planteamientos;
- Se enlistarán las prioridades; y
- Se establecerá la estrategia.

Tercera etapa: así las anteriores etapas se han desarrollado con cuidado, se estará en posibilidad de formular programas de acción específicas.

El órgano coordinador de todo este plan de desarrollo deberá de realizar algunas actividades, como son la de predicción y medición de la criminalidad.

Estas actividades del órgano coordinador permitirán elaborar estadísticas y evaluar esporádicamente las actividades intersectoriales de prevención.

La evaluación puede considerarse la etapa final, sin descartar, desde luego, las evaluaciones parciales.

Evaluación de la prevención.

Si no existiera la evaluación se puede caer en el error de imaginarnos que se está realizando una importante labor de prevención. Es un vicio la imposición de ciertas penas sin preocuparse en indagar qué efectos tendrán los mismos, asimismo si se efectúan campañas contra el crimen sin prever los resultados ni la comprobación de éstos.

La Criminología en su estrecho, sentido de descubrir las causas del crimen y el tratamiento del delincuente, ha sido muy criticada; actualmente se pasa al estudio de los sistemas de justicia.

López Rey, ha dicho que frecuentemente los criminólogos identifican la evaluación con la estimación cuantitativa y cualitativa de la medición, lo que es admisible a condición de que se tengan en cuenta aspectos sociopolíticos que por lo común suelen dejarse de lado.

El criminólogo como investigador debe someterse a los cánones de la lógica formal, de la observación y de la experimentación científica

y dar prueba del máximo de objetividad posible en materia social y política.

“Sobre la evaluación cabe decirse que el sistema como tal, debe estar sometido a una evaluación reciente, por la índole evolutiva de la función penal, por las transformaciones de la criminalidad, por las necesidades de ajustar dicha evaluación entre sí y con respecto a la planificación de la política que requiere ajuste constante respecto al presente y futuro inmediato.”¹¹¹

La falta de evaluación es lo que ha hecho fracasar los mejores planes de prevención y tratamiento, y es común que el Estado y los técnicos se imaginen que están previniendo cuando en realidad se está perdiendo tiempo y dinero. Ejemplo: en el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, se captó que una pena elevada, servía de eje motor para que los secuestradores eliminaran a la víctima, por ello, por Política Criminal, se determinó establecer el puente de regreso, si devuelven a la víctima en un tiempo corto, la pena será mínima.

En este caso, se jerarquizó por Política Criminal, este valor y se consideró superior tal relación afectivo, dándosele una excusa absolutoria a esta clase de encubridores, decretando la remisión de la pena o sanción, esto es, cuando debe considerarse como inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

¹¹¹ *Ibid.* p. 139.

5.9 Criterios político-criminales a efecto de tener en cuenta la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal .

Una vez analizado a grandes rasgos lo que es la Política Criminal, así como sus métodos y formas de prevención y evaluación de la misma, es importante destacar que el delito de **ROBO ESPECIFICO** a estudio, no sólo tutela el bien jurídico del patrimonio de las personas, sino también la integridad corporal de las mismas, al expresar en su descripción típica ... a través de la violencia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja..., lo cual puede llegar a traer como consecuencia la perpetración de alguna lesión, o en muchos casos hasta llegar al homicidio; de lo que se desprende que dicho tipo penal protege dos bienes jurídicos sumamente importantes para la sociedad.

“Para M.E. Mayer, sobre cuándo debe intervenir el legislador para proteger penalmente un bien, desde el punto de vista político criminal, el mismo debe tener tres cualidades que son: ha de ser merecedor de protección, necesitado de protección y capaz de protección.”¹¹²

1º.- La cualidad de merecedor de protección, que debe tener un bien depende del valor que le atribuya a ese bien una determinada cultura. Esta valoración está condicionada históricamente, ya que se advierte que pueden llegarse a estimar merecedores de protección intereses minoritarios o de grupo que no tiene un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad.

¹¹² Francisco Pavón Vasconcelos y Mercedes García Arán, Derecho Penal. Parte General, p. 81.

2°.- La cualidad de necesidad de protección, consiste en que no todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal; muchas veces basta con la protección que les confieren las leyes civiles, administrativas, entre otras.

Conforme al principio de intervención mínima del Derecho Penal concederá, su protección, cuando fracasen o sean insuficientes las barreras protectoras que deparan las demás ramas jurídicas. Pero a veces, sucede que la protección que ofrecen a determinados intereses las otras ramas jurídicas es tan insuficiente que el Derecho Penal se ve obligado a intervenir allí donde no era necesaria su intervención. Se cubren así intereses merecedores de protección, pero de un modo insatisfactorio, pues echa mano para ello de un medio grave como la pena, pudiendo haberse solucionado de otro modo.

3°.- La tercera cualidad de un bien jurídico es la de su capacidad de protección, es decir, no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal son igualmente capaces e idóneos para ésa protección, VGR. La moral sexual.

5.10 Principio de subsidiariedad del Derecho Penal.

La misión del Estado es garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos; máxime que su poder debe de estar regido y limitado por **el principio de intervención mínima**, es decir, que el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos mas importantes, es decir, que las

perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De aquí que se diga que el Derecho Penal tiene carácter subsidiario* frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico.

El Derecho Penal, como todo Ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Ello, ha llevado a cierto sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el Derecho penal tiene carácter subsidiario.

Pero dentro del Ordenamiento jurídico, al Derecho Penal, le corresponde la tarea más difícil; **la de reprimir con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes**, y en este sentido, sí se puede decir que el Derecho Penal, debe ser subsidiario del resto de las normas del Ordenamiento Jurídico, por cuanto a ello se expresa su carácter de *ultima ratio*, es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables.

De lo anterior se advierte que el legislador penal está legitimado no sólo para seleccionar las distintas acciones merecedoras de pena,

* No es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima.

sino para marcar los límites de la protección penal y la diferente protección penal que merece cada uno de los bienes jurídicos tutelados, utilizando para ello criterios político-criminales, como sucede en el caso.

Siguiendo este orden de ideas, cabe hacer mención que a nuestro criterio la penalidad impuesta por el legislador, al delito de **ROBO ESPECÍFICO**, tipificado en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, que se estudia en el presente trabajo, es excesiva, (de 5 a 15 años de prisión y hasta mil días multa), ya que si bien, dicho tipo penal protege dos bienes jurídicos, como se ha citado (el patrimonio de las personas y la integridad corporal de las mismas), lo cierto es que de acuerdo al principio de intervención mínima, con respecto a la gravedad de las penas, lo preferible es la sanción más leve que la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito.

5.11 Principio de intervención mínima.

Principio que a su vez trae como consecuencia otros dos principios que son:

- 1.- "El principio de humanidad.- el cual obliga siempre a reconocer que el delincuente, cualquiera que sea el delito que hay cometido, es un semejante, una persona humana que tiene derecho a

ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho."¹¹³

En materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reinserción a la vida social.

2.- principio de proporcionalidad.- es una idea de justicia inmanente a todo el Derecho, con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos, por lo que al trasladarlo al Derecho Penal, este principio quiere decir que **las penas deben ser proporcionales a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el mismo**; siendo que en el caso a estudio se requiere que el **ROBO**, se cometa por dos o mas sujetos **sin importar el monto de lo robado**, a través de la violencia, asechanza o otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, es decir, que prácticamente es lo mismo que los activos se apoderen por ejemplo, de la cantidad de \$100.00 pesos, de un kilo de tortillas, de un vehículo último modelo o de un camión lleno de mercancía.

El primer criterio que se debe utilizar para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito es, la importancia del bien jurídico, toda vez que este es el principal

¹¹³ Francisco Pavón Vasconcelos y Mercedes García Arán, *op.cit* p. 81.

fundamento en la intervención del Derecho Penal, sin que para ello pase por desapercibido para el legislador los fines de la misma.

5.12 Concepto de Pena.

La pena consiste, según Rodríguez Devesa, en la "privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido el delito."¹¹⁴

Para la sociedad actual, la pena aparece como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público.

Las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no en un objetivo trascendente. La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad de que ella pueda derivarse. La sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito. La pena es la retribución, la expiación del delito cometido.

Las teorías relativas, en cambio, atribuyen a la pena un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario, la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos.

Finalmente, las teorías mixtas tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia

¹¹⁴ J.M. Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español. Parte General, p. 732.

absoluta con el fin socialmente útil, el concepto de retribución con el fin utilitario.

5.12.1 Fines de la pena.

La intimidación.

Se analizará, en primer lugar uno de los principales objetivos asignados a la sanción, es decir, **la intimidación**.

“La creencia en el efecto intimidante de las sanciones penales es tan antigua como el mismo Derecho Penal. Dicha creencia ha dominado de tal manera la acción de los hombres dedicados a la política, de los legisladores, de los jueces, de los administradores de la justicia, que la intimidación ha sido considerada el postulado primero y esencial de la mayoría de los sistemas penales actualmente existentes. Sin embargo, no existe ninguna prueba científica del efecto intimidante de la pena, pese a lo anterior los legisladores y las autoridades competentes siguen pensando que la mejor manera de luchar contra el crimen consiste ya en aumentar las penas.”¹¹⁵

Se recurre también a la intimidación cuando otros medios de lucha contra el crimen han fracasado; por lo que debemos admitir que el sufrimiento padecido por un delincuente y resultado de un castigo excesivo impuesto con fines intimidantes constituye un costo social importante.

¹¹⁵ José M. Rico, Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea, p. 12.

El último factor capaz de ejercer una influencia considerable sobre la eficacia de la amenaza es la dificultad material que rodea la ejecución de cada delito; de lo que se desprende que el castigo no posee en sí mismo un valor educativo y que no constituye un medio exclusivo para eliminar un comportamiento condenado por la sociedad.

5.12.2 Otros fines de la pena.

La mayoría de las penas persiguen varios fines, que dependen del papel asignado a cada una de las autoridades encargadas de su aplicación. Así, el legislador busca en general la intimidación colectiva, mientras que el juez, al intervenir únicamente en casos concretos, persigue la prevención especial mediante la individualización de la sentencia, en tanto que la administración penitenciaria busca esencialmente la reeducación o reforma del individuo condenado; entre estos fines se encuentran:

a).- Expiación, castigo y retribución: la característica común de las teorías absolutas es el concepto de justicia, de retribución del mal por el mal; para estas teorías, la Ciencia Criminológica sólo conoce y trata individuos diferentes entre sí y sometidos a múltiples determinismos endógenos y sociales. Constituye una ficción ver en la pena la eliminación jurídica y moral de la infracción, y en la aplicación de la misma el restablecimiento del orden público lesionado por el delito.

La pena sólo tiene aplicación efectiva e individualizada. Por otra parte, la justicia no puede ser uno de los objetivos de la sanción, ya que ningún sistema penal ha podido, puede ni podrá aplicarla totalmente.

Por ésta razón, diversos criminólogos contemporáneos consideran que uno de los objetivos fundamentales de la sanción debe ser la solución al conflicto creado por la comisión del acto antisocial. Por lo que el fin de la sanción debiera consistir esencialmente en la reparación de los daños causados, con lo cual se calmarían también los deseos de venganza de la víctima. Este objetivo se aplicaría principalmente a la criminalidad contra los bienes.*

La pena también cumple una función moral. Responde al sentimiento innato de justicia que nos hace desear la recompensa del bien y el castigo del mal. Sin embargo, la conciencia social es versátil y no ha sido siempre un criterio seguro en la determinación de los actos que deben ser considerados como delitos o de las personas merecedoras de castigo.

El considerar, por otra parte, que la pena tiene por misión reafirmar y fortalecer la moral social constituye únicamente una

* A este respecto, cabe hacer mención de que si se considera que el fin de la sanción consiste esencialmente en la reparación de los daños causados, con el cual se calmarían los deseos de venganza de los ofendidos ¿Qué efectos o consecuencias tendría lo anterior en los casos de homicidio y lesiones? o ¿Sí para llevar a cabo el ilícito de ROBO, se llega a lesionar la integridad corporal de las personas?, posición que trae serias consecuencias de carácter jurídico.

petición de principios, dado precisamente este carácter relativo en el espacio y en el tiempo.

Así pues, de esta manera la pena sigue cumpliendo su fin de fortalecer la moral social, como también el de restaurar la tranquilidad pública, tan necesaria a la existencia de la sociedad. También contribuye, a la consolidación de los valores morales de los no-delincuentes.

Sin embargo, el efecto moral de las sanciones legales sólo se ejercerá si la ley, el funcionamiento del sistema penal y la misma estructura social son aceptados como legítimos, sin este requisito, la amenaza de sanciones puede suscitar únicamente cólera, resentimiento y violencia. Sólo gracias a la autoridad moral los individuos pueden ser influenciados de tal manera que lleguen a considerar como indeseable tal conducta condenada por el sistema y, consecuentemente, a evitarla.

Siguiendo este orden de ideas, una vez estudiados los fines de la pena, es menester analizar brevemente la pena privativa de libertad, así como la política penitenciaria correspondiente a dicha sanción, pues como ya se ha mencionado en repetidas ocasiones, consideramos que la sanción prevista para el delito a estudio es excesiva.

5.12.3 Pena privativa de libertad.

Últimamenté los legisladores han abusado de una manera excesiva de la pena privativa de libertad, sin pensar en lo que más le favorezca al sentenciado; máxime si este se encuentra interno en algún Centro de Readaptación Social.

“La pena privativa de libertad, priva al penado de su libertad, recluyéndolo en un establecimiento penal y sometiéndolo a un régimen especial de vida, y por lo común, a la obligación de trabajar.”¹¹⁶

El sistema penitenciario fue creado para reemplazar, con una finalidad humanitaria, la pena capital, el exilio, la deportación y diversos castigos corporales.

La pena de prisión, en los últimos años, es el medio más frecuente de defensa contra el delito en las sociedades contemporáneas; esta pena es hoy el eje del sistema represivo en todos los países. Sus defensores la justifican ante todo por ser un instrumento hasta ahora insustituible de segregación de individuos peligrosos para la sociedad, por constituir el medio más adecuado para la reforma de los delincuentes y ejercitar una eficaz intimidación sobre las masas, realizando así una beneficiosa labor preventiva.

¹¹⁶ José M. Rico, *op.cit* p. 70.

Actualmente, la prisión se ha convertido en una institución social con objetivos cada vez más complejos y contradictorios. Mientras que en un principio, los establecimientos penales fueron creados para ofrecer una nueva forma de sanción, en una época más cercana han tenido que aceptar la responsabilidad de proteger la sociedad, de modificar la conducta y las actitudes del delincuente y de favorecer la integración social de éste.

En la actualidad, dichos establecimientos intentan conciliar objetivos contradictorios, dentro de ellos, la responsabilidad del mantenimiento del orden y de la custodia suele estar en conflicto con los objetivos del tratamiento educativo, mientras que se espera que los reclusos adquieran un sentido de responsabilidad en un medio donde incluso las actividades humanas más simples están reglamentadas y controladas; sin embargo, el encarcelamiento ha sido siempre criticado, ya que es una manera extremadamente radical de reaccionar contra el comportamiento criminal.*

5.12.3.1 Fines de la pena de prisión.

La prisión como pena verdadera fue casi desconocida en el antiguo derecho, empleándose principalmente como medio para mantener seguros a los procesados durante la instrucción del proceso. "Aunque existen ciertos antecedentes de su utilización como medida represiva:

- el *ergastulum* de los esclavos en la época romana;

* La cárcel es el mayor poder que el Estado ejerce en la práctica, de modo regular, sobre sus ciudadanos.

- las galeras, las casa de corrección irlandesas del siglo XVI, *Rasphuis* y *Spinhuis*, destinadas a vagabundos, mendigos y prostitutas;
- - en las cárceles canónicas en donde quedaban reclusos los clérigos que hubieran incurrido en penas eclesiásticas.¹¹⁷

Sólo a fines del siglo XVIII, es decir, cuando la influencia de la corriente humanitaria que caracterizó esta época en materia penal, las penas corporales empezaron a ser reemplazadas por penas privativas de libertad, adquiriendo dicha pena una carácter represivo evidente.

Las escuelas penales que surgen, atribuyen a esa pena fines diversos: la escuela clásica, reafirma su aspecto retributivo, expiatorio e intimidante: los positivistas producen la noción de medidas de seguridad y los neoclásicos siguen asignándole diversos fines represivos, aunque también consideran la necesidad de la enmienda del condenado; finalmente el movimiento de defensa social, considera que la pena de prisión debe asegurar una protección eficaz a la comunidad social gracias a la apreciación de las condiciones en que el delito fue cometido, de la situación personal del delincuente, de sus probabilidades de enmienda y de las posibilidades morales y psíquicas que permiten aplicarle verdadero tratamiento de socialización.

Actualmente, la pena privativa de libertad sigue cumpliendo una evidente función moral. A medida que el sistema carcelar se transforma, la función de prevención general se atenúa cada vez más;

¹¹⁷ José M. Rico. *op.cit* p. 72.

parece imposible prever hoy un régimen penitenciario de excesivo rigor con vistas a castigar un hombre, no por sus faltas, sino en previsión de las que otros puedan cometer. Por lo que se refiere a la prevención especial, gracias a la cual se espera impedir la reincidencia del penado, la concepción penitenciaria moderna intenta sacar partido de la prisión aplicando al delincuente un tratamiento reeducativo con vistas a su rehabilitación y a su readaptación.

La verdad es que aún no se ha decidido con claridad cuál o cuáles son o deben ser las finalidades de la pena privativa de libertad. Algunos creen que debe servir de castigo al delincuente, otros juzgan que su fin es reformar al infractor, no faltan los que consideran que se los debe curar en la prisión mediante un tratamiento similar al que se da en los manicomios; algunos señalan que debe servir para ayudar a la readaptación individual y social del criminal.*

La pena privativa de libertad contiene un carácter criminógeno, destacando así ciertos factores que dominan la vida carcelaria, consistentes en:

1.- Factores físicos.- en las prisiones existen factores susceptibles de ejercer consecuencias nefastas sobre la salud de los reclusos. Tal es el caso de las malas condiciones de higiene de los locales, engendradas por la falta de luz y de aire, humedad, olores, etcétera. No se puede hablar de higiene penitenciaria; asimismo por lo que hace al régimen alimenticio, basado en la noción del mínimo vital.

* La prisión, tal y como se la organizó en los dos siglos transcurridos, ha fracasado en sus propósitos rehabilitativos. Algunos medios planteados para reducir la pena de prisión, desviándola hacia tratamientos de base comunitaria, difícilmente tendrán éxito mientras no se definan y se acepten con un consenso general los principios que rigen la imposición de la pena de reclusión.

2.- Factores psicológicos.- el régimen físico impuesto en prisiones clásicas tiene en general por efecto disminuir potencial de agresividad del recluso, neutralizándolo. También produce otras consecuencias psicológicas. El hecho fundamental es que la prisión, constituye por su naturaleza un lugar donde se disimula y se miente. La costumbre de mentir produce un automatismo de astucia y disimulación que da a los delitos penitenciarios, los cuales en su mayoría son delitos de astucia (hurtos, juegos, tráfico de objetos). No hay duda de que en la cárcel, con su disciplina necesaria a menudo mal aplicada, crea una delincuencia capaz de afirmar aún más al detenido en sus tendencias criminales.

Desde el punto de vista psicopatológico, el choque afectivo provocado por el arresto desempeña un papel primordial en las psicosis de aparición precoz, sobre todo en los delincuentes primarios. En lo que atañe a las psicosis de aparición tardía, son poco numerosas y sus modalidades clínicas no presentan ninguna sintomatología o evolución particulares. Lo que en cambio, es mucho más frecuente, es el estado mental especial que resulta de la vida carcelaria. La rutina monótona y minuciosamente planificada de la prisión acaba transformando la imagen del mundo de los reclusos, muchos de los cuales llegan a no concebir otra forma de vida que la carcelaria. La mayoría adoptan además actitudes infantiles y regresivas.

Por lo que se refiere a las largas penas de prisión, se ha probado que al cabo de cuatro a seis años de encarcelamiento puede esperarse

que aparezca un psicossíndrome funcional irreversible, el cual es ante todo un síndrome de separación, caracterizado por perturbaciones emotivas, de comprensión y de juicio, modificación del comportamiento consistente en una regresión hacia el infantilismo y alteraciones en la capacidad de las relaciones sociales; todo ello depende, sin embargo de la personalidad del recluso, de su edad, de la duración de la detención y de la rutina de la cárcel.

En el plano de la vida sexual, la segregación engendra ansiedad. El aislamiento prolongado favorece una introversión de la vida psíquica y un desarrollo del pensamiento egocéntrico que se manifiestan en sueños despiertos, hipocondría, auto-observación, hipersensibilidad en las relaciones con los vigilantes, intentos de comunicar con los vecinos, proyectos de evasión, tentativas de suicidio.

Desde un punto de vista psicosocial, la vida en los establecimientos de carácter comunitario facilita la aparición de una conciencia colectiva que supone una estructuración definitiva de la madurez criminal.

3.- Factores sociales.- el encarcelamiento produce un choque, tanto en la familia del delincuente como en este mismo. Existe después un periodo de adaptación durante el cual cada uno se acostumbra a esta vida separada.

Al cabo de dos años de prisión, los reclusos están tan desadaptados a la vida social que su reinserción ya es difícil. Cuanto mayor es el tiempo pasado en la cárcel, tanto mayores suelen ser las dificultades.

La salida de la cárcel constituye finalmente un momento crítico o bien, el liberado se vuelve a encontrar en una situación idéntica a la del momento de cometer su acto ilícito, o bien el proceso de segregación social y el chantaje de sus antiguos codetenidos lo van a incorporar definitivamente al mundo criminal.

Las penas largas de prisión no son más eficaces que las cortas para prevenir la reincidencia, las instituciones abiertas parecen ser tan eficaces como las cerradas, un tratamiento humanitario, del condenado es por lo menos tan eficaz como otro severo.

Sólo debe utilizarse la sanción menos punitiva necesaria para la obtención de los objetivos sociales de la pena privativa de libertad. No debe aplicarse ninguna sanción más severa que la merecida por el acto criminal por el cual el infractor es condenado; por lo que en este momento es procedente analizar lo referente a Política Penitenciaria.

POLÍTICA PENITENCIARIA.

La ley debe ir acompañada de los medios para cumplirse, es decir, debe estar instrumentada; esto se ve muy claro en la cuestión

penitenciaria, en que las leyes sin instituciones, edificios, presupuesto y personal capacitado y seleccionado, quedan tan sólo en deseos.

La Política Penitenciaria representa uno de los problemas claves y es donde se ha encontrado mayor número de fracasos y frustraciones, aunque también en algunos casos excepcionales éxitos.

En mucho la Política Penitenciaria no puede funcionar adecuadamente por la lentitud del Poder Judicial, que llega a alargar los procesos por más de un año, con la consiguiente aglomeración y superpoblación en la prisión preventiva.

Es necesario no sólo transformar las prisiones en instituciones de tratamiento, sino buscar el mayor número de sustitutivos de la pena de prisión, ya que se ha demostrado con la mayor amplitud su ineficacia.

“LA PENA DE PRISIÓN DEBE SER EL ÚLTIMO RECURSO DE DEFENSA SOCIAL, NO ES POSIBLE CONTINUAR CON EL ABUSO QUE DE LA PRISIÓN (TANTO PREVENTIVA COMO PENITENCIARIA), SE HA HECHO.”¹¹⁸

Se cree que la Penología debe ser la base de la Política Penitenciaria, ya que es la ciencia que más datos aporta al conocimiento de la eficacia o ineficacia de las penas. Por lo que debe

¹¹⁸ Luis Rodríguez Manzanera. Criminología, p. 126.

decirse que gran parte de la política penitenciaria debe dirigirse a la atención de los sujetos que ya han cumplido una pena.

El principio por el que debe regirse toda la Política Penitenciaria es el principio de necesidad, pues sólo deben ejecutarse las penas estrictamente indispensables para los fines de la prevención, como se mencionó.

Tanto los inconvenientes de la prisión clásica, así como los problemas de los delincuentes encarcelados, no se han resuelto hasta nuestros días, la pena privativa de libertad ha creado nuevas dificultades, a veces insuperables, para los libertados. Tampoco ha asegurado de manera eficaz la protección de la sociedad, víctima de las numerosas reincidencias que dicha pena no ha sabido impedir.

“La cárcel es, al fin de cuentas, el mayor poder que el Estado ejerce en la práctica de modo regular, sobre sus ciudadanos.”¹¹⁹

5.12.4 Sanción pecuniaria.

Por lo que hace a la pena pecuniaria prevista e impuesta por el legislador (**hasta mil días multa**), cabe decirse, que de igual manera a la pena privativa de libertad, a nuestra consideración la misma resulta excesiva, toda vez que en el delito que se estudia, describe en su tipo penal, que el mismo debe ser cometido por dos o más sujetos sin importar el monto de lo robado, es decir, que en el caso no es de

¹¹⁹ Morris Norval, El futuro de las prisiones, p. 17.

tomarse en cuenta la cantidad o los objetos que los activos se hayan apoderado, sino lo importante es que se haya cometido por medio de la violencia (física o moral), que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, es decir, que si los activos, por ejemplo se apoderaron de la cantidad en efectivo de \$100.00 pesos o de un kilo de tortillas, o de un camión lleno de mercancía determinada, la pena impuesta por el juzgador será la misma (siempre y cuando sea el mismo grado de culpabilidad), siendo que en este caso, como ya hemos dicho la pena debe ser proporcional al bien que se lesionó; y toda vez que dicha penalidad impuesta al delito en comento, en comparación con el párrafo tercero del artículo 370 del Código Penal, que a la letra dice: Cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.; la sanción del ilícito que se estudia resulta ser excesiva; pasando el legislador por alto que la pena pecuniaria, tiene un propósito resocializador y que constituye el pago al Estado de una suma de dinero fijada en la sentencia condenatoria.

No obstante, su aplicación puede dar lugar a notorias injusticias, puesto que para algunos puede ser realmente sentida como una disminución patrimonial y, por ende, una motivación para rectificar su conducta de vida, en tanto que otros, de mayor capacidad económica, pueden no sentirla; por lo que el juzgador en el momento de imponer la multa se enfrenta a diversidad de problemas, entre los más importantes son: la insolvencia del penado, la variación del valor de la moneda, y la diversa situación económica de los reos, por lo que al

imponer la misma, el juez debe tomar en cuenta las condiciones económicas del infractor.*

Siguiendo este orden de ideas y como parte final de este capítulo, en base a todo lo argumentado en el presente trabajo, cabe decirse que el delito que se analiza de **ROBO ESPECÍFICO**, (cuando sea cometido por dos o más sujetos sin importar el momento de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo 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), previsto en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal vigente, **DEBE SER DEROGADO.**

* Si se acredita que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir, parte de ella, el juez, podrá sustituirla, total o parcialmente por prestación de trabajo en favor de la comunidad. Si no es posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial, podrá colocar al sentenciado en libertad, bajo vigilancia, que no excederá del número de días-multa sustituidos.

CONCLUSIONES

Al realizar el presente trabajo, se ha llegado a la conclusión, que el delito de **ROBO**, como se ha mencionado es uno de los ilícitos que se cometen con mayor frecuencia en la actualidad; observándose que a lo largo de la historia de la humanidad, la realización del mismo se ha dado en diversas modalidades (simple, con fuerzas en las cosas, en las personas, utilizando objetos peligrosos, con violencia, en lugares cerrados, entre lo más importantes), advirtiéndose que en la actualidad la delincuencia prefiere hacer uso de la violencia, ya sea física o moral o valerse de cualquier otra circunstancia para lograr sus objetivos delictivos; por ello el legislador consideró conveniente crear el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual establece: Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.

Es importante mencionar que el ilícito en análisis, ha causado una gran controversia en la práctica jurídica penal, ya que se ha considerado por algunos autores o juzgadores como **circunstancia agravante del delito de ROBO**, en tanto que otros lo han considerado

como **delito autónomo o delito especial**, lo que conlleva a consecuencias jurídicas diversas; siendo que para resolver tal controversia, se realizó un breve estudio dogmático del mismo, llegándose a la conclusión que dicho ilícito es un **tipo especial**, en virtud de los elementos que lo integran como son: que se cometa por dos o más sujetos, a través de la violencia, asechanza o cualquier otra circunstancia, la cual debilite las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja, (elementos que necesariamente deben quedar plenamente acreditados para tener por comprobado el ilícito en comento), mismos que agravan la penalidad del tipo penal a estudio, respecto al delito de robo simple, así como el hecho de que tenga su propia penalidad, (de 5 a 15 años de prisión y hasta 1000 días multa), siendo está autónoma, y si bien dicho ilícito en su descripción legal, no contiene núcleo rector como lo es el de **ROBO SIMPLE**, también lo es que no necesita de la existencia de éste para poder existir, lo que sucede con una calificativa o agravante.

Ahora bien, a efecto de que se acredite dicho ilícito, deben de actualizarse todos y cada uno de los elementos que lo integran (que sea cometido por dos o más sujetos a través de la violencia, asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja) como se ha referido, siendo que es de explorado derecho que al momento de no acreditarse uno de ellos, no habría delito, por lo que con fundamento en el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se excluye tal delito, y se estaría vulnerando el principio de legalidad, consagrado en los artículos 14 y 16 Constitucional, aunque para

efectos de evitar impunidad algunos Jueces y Magistrados han optado por reencuadrar tal conducta delictiva, en base al artículo 1° del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, a lo establecido por el artículo 370 del código Penal, en cualquiera de sus párrafos según el caso concreto; compartiendo en lo personal tal criterio.

Por otro lado, el delito a estudio prevé una sanción muy severa, ya que la misma va de 5 a 15 quince años de prisión y hasta mil días multa, pretendiendo con ello el legislador disminuir su comisión; lo que trae como consecuencia que en la realidad no se de efectivamente tal disminución, en virtud de que sanciones de esta naturaleza no conllevan a resolver problemas previos o remotos a su realización, que afectan profundamente a la sociedad, como lo serían la falta de empleo, la inseguridad pública, la pobreza, la desigualdad, la corrupción, entre otras; por lo que sería conveniente emplear programas sociopolíticos, socioeconómicos, de prevención del delito, entre otros, que ayuden a resolver este tipo de problemas.

Asimismo, es importante destacar en este punto, que los procesados por este ilícito, no tienen derecho a gozar de la libertad provisional, ni mucho menos de ser acreedores de algún sustitutivo de la pena o que en todo caso que se les conceda la libertad condicional, en la etapa del juicio, fallo o sentencia, que resulte ser condenatoria, en virtud de no reunir los requisitos exigidos por los artículos 70 y 90 del Código Penal para el Distrito Federal, ya que la pena mínima del ilícito a estudio lo es de 5 cinco años de prisión, advirtiéndose que

ambos preceptos exigen como uno de sus requisitos que la pena impuesta no exceda de cuatro años, lo que no sucede en el caso.

De igual manera es importante hacer mención que en el delito a estudio, pueden concurrir otras circunstancias agravantes así como otras normas del ordenamiento punitivo o delitos, dándose así el concurso ideal o real, siendo algunas de estas agravantes las previstas por el artículo 381 del citado ordenamiento legal, siendo las más usuales: cuando se cometa en lugar cerrado, cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público; cuando se cometa en contra de una oficina bancaria recaudatoria u otras en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquellas, entre otras; más no así las calificativas de pandilla y/o violencia (física o moral), o el tipo penal de asociación delictuosa, toda vez que se estaría recalificando la conducta y vulnerando asimismo con ello el principio **NOM BIS IN IDEM**, (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito), consagrado en el artículo 23 Constitucional y con ello los derechos públicos subjetivos de los procesados por dicho delito.

Desde mi punto de vista, considero que la penalidad impuesta al delito de **ROBO ESPECÍFICO** que se analizó en el presente trabajo, es excesiva (...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.); toda vez que si bien los bienes jurídicos que protege dicho tipo penal consistentes

en: el patrimonio de las personas, así como la integridad corporal de las mismas, son merecedores, necesarios y capaces de protección penal, como se ha mencionado; lo cierto es que de acuerdo a fines políticos criminales, el aumentar la penalidad de un tipo penal determinado; así como el hecho de imponerle una penalidad sumamente alta al mismo (ya que en el caso no es procedente otorgar sustitutivos de la pena o el beneficio de la Condena condicional, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 70 y 90 del Código Penal para el Distrito Federal), esto no significa que disminuya el índice de delitos; ya que la penalidad debe ser proporcional al bien jurídico que se protege y si bien el legislador creó el tipo penal a estudio persiguiendo dicho fin, (lo que se desprende de la Exposición de Motivos), se cree que antes de llegar a tal extremo, es decir, de utilizar al Derecho Penal, y no precisamente como la ultima ratio, debió buscar otro tipo de soluciones para disminuir el índice de robos con violencia y por el número de sujetos que intervienen en su comisión, como por ejemplo el generar empleos, mejorar la enseñanza y la educación, prevenir el delito, entre otros; sin que se pase por alto que la pena justa, controla la comisión de los delitos, manteniéndolos de esta forma dentro de los límites sociales tolerables, ya que propiamente su realización no puede exterminarse, sin embargo una sanción injusta, estimula o provoca la comisión de ilícitos penales.

Por todo lo argumentado con anterioridad, se ha llegado a la conclusión que efectivamente se cumplió con la hipótesis prevista, así como se alcanzó el objetivo general, puesto que sí previamente existen tipos penales como la asociación delictuosa, o circunstancias

agravantes como son la violencia física o moral, la pandilla, o el número de sujetos que lo lleven a cabo, porque crear otro tipo penal que contenga en su descripción esos mismos elementos (número de sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o lo ponga en condiciones de desventaja), los cuales deben acreditarse plenamente, y porque el establecer una pena tan excesiva, con la cual a los procesados por tal ilícito, no se les concede sustitutivo de prisión alguno o el Beneficio de la Condena Condicional; por lo que el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, debe ser derogado, en base a las consideraciones de derecho expuestas en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Códigos y Leyes.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 105° ed., México D.F., Porrúa, S.A., 1994, pp. 134.

Código Penal para el Distrito Federal, en materia del Fuero común y para toda la República en materia Federal. México D.F., Sista, S.A. de C.V., 1994.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. México D.F., Sista, S.A. de C.V., 1997.

Código Civil para el Distrito Federal. 62° ed., México D.F., Edit. Porrúa, S.A., 1993, pp. 664.

Ley de Amparo, México D.F., Sista, S.A. DE C.V., 1998, pp. 241.

Jurisprudencia Especializada en materia penal 1917-1996, México, Editores Libros Técnicos, 1996, Tomo I, pp. 954.

Jurisprudencia Especializada en materia penal 1917-1996, México, Editores Libros Técnicos, 1996, Tomo V, pp. 745.

Exposición de motivos que dio origen a las reformas 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.

Doctrina.

ALIMENA, Bernardino, Delitos contra la persona. Bogotá, Temis, 1975, pp. 707.

BIALOSTOSKY, Sara, Panorama de Derecho Romano. 3° ed., México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1990, pp. 280.

BACIGALUPO, Enrique, Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, México, D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989; pp. 623.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles. 3ª ed., México, Harla, S.A. DE C.V., 1984, pp. 621.

CARDENAS, Raúl F., Derecho Penal Mexicano del robo. México D.F., Porrúa S.A., 1977.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 18ª edición, México D.F., Porrúa S.A., 1999, pp. 886.

CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte General. 3° ed. 1° reimpresión, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y S.R.L. Ricardo de Palma, 1994, pp. 543.

DE P. MORENO, Antonio; Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Delitos en Particular. México D.F., Jus, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, 1994, pp. 699; (Serie A: Vol. VIII).

Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas 9° ed., México D.F., Porrúa S.A., 1996, Tomo I, pp. 3272.

Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 9° ed., México D.F., Porrúa S.A., 1996, Tomo IV, pp. 3272.

Enciclopedia Salvat Diccionario. México, Salvat Editores, S.A., 1983, Tomo 10, pp. 2840.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho Penal Mexicano: Parte General y Parte Especial. 4° ed., México D.F., Porrúa, S.A., 1997, pp. 1027.

IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Historia e Instituciones. 11° ed., Barcelona, Ariel, S.A., 1993, pp. 662.

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Argentina, Heliasta, S.R.L., Edición Bilingüe, Argentina, 1976, pp. 368.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal. 2° ed., México D.F., Porrúa, S.A., 1977, Tomo I, pp. 505.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal. 3° ed., México D.F., Porrúa, S.A., 1977, Tomo IV, pp. 444.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Losada, S.A., 1965, Tomo II, pp. 1439.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Losada, S.A., 1965, Tomo III, pp. 1090.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Introducción al Derecho Penal. 2° ed., México D.F., Porrúa, S. A., 1994, pp. 281.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito. 2° ed., México D.F., Porrúa, S. A., 1995, pp. 303.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular. México D.F., Porrúa, S. A., 1994, Tomo I, pp. 415.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal-El Delito. Traducción del padre José Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1971, Vol. I, pp. 642.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal-El Delito. La pena. Medidas de Seguridad. Traducción del padre José Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1972, Vol. II, pp. 485.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal. Parte Especial. Delitos en Particular. Contravenciones en Particular. Traducción del padre José Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1972, Vol. V, pp. 535.

MORALES, José Ignacio, Derecho Romano. 3° ed., México D.F., Trillas, 1989, Tomo I, pp. 351.

MORELOS CEDILLO OLALDE, Milton Mauricio. Análisis Dogmático del artículo 371 párrafo último del Código Penal, adicionado el 13 de Mayo de 1996. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de Derecho, Facultad de Derecho, 1998, pp. 160.

MORRIS, Norval, El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia. 4° ed., México D.F., Siglo veintiuno editores, S.A., 1987, pp. 183.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito. México, D.F., Temis, S.A., 1990, pp. 243.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y ARAN GARCÍA, Mercedes, Derecho Penal, Parte General. 2° ed., Valencia, Tirant Le Blanc, 1996, pp. 654.

M. RICO, José; Las Sanciones Penales y La Política Criminológica Contemporánea. 4° ed., México, D.F., Siglo Veintiuno Editores, S.A DE C.V., 1987, pp. 153.

ORELLANA WIARCO, Octavio A, Manual de Criminología. 7° ed., México, D.F., Porrúa, S.A. de C.V., 1999, pp. 385.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Delitos contra el Patrimonio. 7° ed., México D.F., Porrúa, S.A. de C.V., 1995, pp. 484.

PEREZ ALONSO, Juan Esteban, Teoría General de las Circunstancias: Especial consideración de las Agravantes Indeterminadas en los Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio. Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1995, pp. 586.

PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano. 9° ed., México D.F., Porrúa, S.A. de C.V., 1992, pp. 717.

REINHART, Maurach, Tratado de Derecho Penal. Barcelona, Ariel, 1962. Tomo II, pp. 637.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. El Delito de robo. México D. F., Trillas, S.A. de C.V., 1991, pp. 289.

ROXIN, Claus, Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos del delito en base a la Política Criminal. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, S.A., Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1992, pp. 143. (Colección IURA-3, Serie Derecho y Estado).

SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino. 1°. Reimpresión, Argentina, Tea, 1951, Tomo IV, pp. 373.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, CRIMINOLOGIA CRITICA; 4° ed., Siglo Veintiuno Editores, S.A DE C.V.; Romont, S.A.; México, D.F., 1988; pp. 300.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal. Parte General. 3° Reimpresión, México D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, pp. 857.