



301809
UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

35
2ej.

EL ROBO CALIFICADO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
DELFINO FELIPE GUZMAN PAREDES

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Primera Revisión:
LIC. ARTURO BASAÑEZ LIMA

Segunda Revisión:
LIC. JOSE DE LA LUZ MEDINA OROZCO



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I.-ANTECEDENTES DEL DELITO DE ROBO EN MEXICO.	3
I.1.-EPOCA COLONIAL.	3
I.2.-EPOCA INDEPENDIENTE.	9
I.3.-EPOCA CONSTITUCIONALISTA.	13
CAPITULO II.-CONFIGURACION DEL CUERPO DEL DELITO.	16
II.1.-ELEMENTOS DEL TIPO.	16
II.1.1.-EL QUE SE APODERA.	19
II.1.2.-COSA AJENA MUEBLE.	22
II.1.3.-SIN DERECHO, NI CONSENTIMIENTO DE PERSONA AUTORIZADA POR LA LEY PARA DARLO.	26
II.2.-EL BIEN JURIDICO TUTELADO.	29
II.3.-LA INTEGRACION DEL CUERPO DEL DELITO	31
II.3.1.-DILIGENCIAS BASICAS DEL MINISTERIO PUBLICO PARA INTEGRAR EL CUERPO DEL DELITO.	37
II.4.-DEFINICION DE PATRIMONIO.	45
CAPITULO III.-LAS CALIFICATIVAS DE LOS DELITOS EN GENERAL.	48
III.1.-DEFINICION DE CALIFICATIVA.	48

III.2.-LAS CIRCUNSTANCIAS COMUNICABLES.	53
III.2.1.-LAS AGRAVANTES.	55
III.2.2.-ATENUANTES.	59
III.2.3.-CIRCUNSTANCIAS ANALOGAS.	62
III.2.4.-CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.	63
III.2.5.-LAS CALIFICATIVAS.	65
III.3.-LA CALIFICACION DEL DELITO EN EL AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL.	71
III.4.-LAS MODALIDADES DEL DELITO EN RELACION A LAS CIR- CUNSTANCIAS COMUNICABLES.	77
 CAPITULO IV.-EL ROBO CALIFICADO .SU ESTRUCTURA Y EXIS- TENCIAS.	 78
IV.1.-ENCUADRAMIENTO DE LA CONDUCTA AL TIPO.	78
IV.2.-EL ROBO CALIFICADO Y SUS MODOS DE EXISTENCIA.	98
IV.2.1.-EL ROBO CALIFICADO POR CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR.	100
IV.2.2.-EL ROBO CALIFICADO POR CIRCUNSTANCIAS PERSO- NALES.	103
IV.3.-MOMENTO PROCESAL EN QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS CALIFICATIVAS.	106
IV.3.1.-EL CONCEPTO DE PREJUZGAR.	109
IV.4.-EL ROBO CALIFICADO Y SU RELACION CON LA LIBERTAD PROVISIONAL:	111

IV.5.- JURISPRUDENCIA AL RESPECTO.	113
CONCLUSIONES.	125
BIBLIOGRAFIA.	129

INTRODUCCION

La creciente aparición del robo en la ciudad de México, ha sido preocupación constante de autoridades, políticos y ante todo de los ciudadanos, que son quienes reciben el impacto social de este crimen.

A partir de la década de los ochentas, se ha vuelto cotidiana la actividad del ladrón, no solamente del asaltante bancario o de quien a mano armada atraca una oficina de correos o una empresa el día de paga; sino que se han llegado a dar asaltos de transportes colectivos en los que se utilizan armas tales como metralletas y otros tipos de armas de fuego; asimismo se presenta un alto índice de vehículos atracados por los ladrones, ya sea el común cristalazo a los automóviles estacionados en la vía pública o peor aun, el amagamiento del automovilista mediante armas para despojarlo de su vehículo.

La complejidad que ha aparecido en cuanto al delito de robo ha obligado al legislador a la creación de nuevas formas calificativas del mismo, tan es así que desde 1954 aparece el artículo 381 bis como una fórmula para combatir nuevas manifestaciones del ilícito; habiendo sido adicionado en 1966 y reformado en 1983, en tanto que el artículo 381 ha sufrido diversas reformas, todas ellas dirigidas al combate -

contra del robo.

Entre tantas formas de prevenir y sancionar -- con mayor efectividad este ilícito, están las diferentes formas de robo calificado que aparecen en el Código Penal para Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal; materia a la cual se dirige este trabajo, esperando cooperar de alguna forma digna -- proponer una lucha más efectiva en contra de quienes lesionan el patrimonio y además de ello, obtener la titulación como Licenciado en Derecho a que aspiro mediante la obra que a continuación expongo.

Espero que la aportación que se somete a consideración de los lectores sea de provecho para los mismos, pidiendo de antemano la benevolencia de quienes son peritos en la materia, para quien presenta como primera vez un trabajo -- de esta magnitud.

Delfino Felipe Guzmán Paredes.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL DELITO DE ROBO EN MEXICO.

I.1.-EPOCA COLONIAL.

I.2.-EPOCA INDEPENDIENTE.

I.3.-EPOCA CONSTITUCIONALISTA.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE ROBO EN MEXICO.

Es importante hablar sobre los antecedentes de --- nuestro tema, ya que de esta manera veremos el origen y desarrollo de nuestro país, cómo las diferentes sociedades a través de las diferentes épocas: colonial, independiente y constitucionalista, trataban el delito, haciendo una especial referencia a la situación política y judicial de tales períodos de nuestra historia.

De tal manera que estaremos en posición para entender la génesis del delito de robo en México.

I.1 EPOCA COLONIAL.

Para poder hablar de la época colonial es necesario fijarla en el tiempo, y para tal efecto diremos que ésta comienza cuando desembarcan en Veracruz los tres primeros franciscanos que llegan al nuevo mundo. Son tres religiosos flamencos: Juan de Tecto, Juan de Ayora y Pedro de Mura, mejor conocido como fray Pedro de Gante, esto sucede en el año de 1523, el 30 de agosto (1).

1. Macia C., Bertha del C. "Cronología Fundamental de la Historia de México". México, Ed. del Magisterio, 1970. P. 17.

Y porque se dice que aquí empieza la época colonial toda vez que se entiende por colonizar: "Transformar en colonia una tierra extranjera" (2), de tal manera que estos religiosos flamencos tenían la misión de colonizar, de transformar y convertir la nueva tierra al cristianismo, situación forzosa para la época, pues en esos tiempos el Papa, por medio de las "Bulas Alejandrinas", repartía el nuevo mundo a las potencias que se lo disputaban; tal situación era el reflejo del poderío del clero. De tal suerte que los citados misioneros estaban obligados a convertir al cristianismo las nuevas tierras para anar al Vaticano otra colonia espiritual más y políticamente a España pertenecer.

Inicialmente la Nueva España estuvo formada por 3 razas: la blanca, la indígena y la negra (3). Después de la mezcla de sangres surgen los criollos, mestizos y mulatos.

Para su administración gubernamental, la Nueva España estaba dividida en reinos y provincias que a su vez se subdividían en alcaldías mayores o corregimientos y alcaldías menores o municipios, que si eran de indios también les nombraban repúblicas.

En cumplimiento de la obligación de los reyes de España de evangelizar el nuevo mundo, la Iglesia estableció básicamente "El Regio Patronato Indiano" (4).

-
2. García Pelayo y Gross, Ramón. "Diccionario Larousse Ilustrado". México, Ed. Larousse, 1981. P. 161.
 3. De Morán, C. Barrón. "Historia de México". México, Ed. Porrúa, 1973. P. 195.
 4. Bravo Ugarte, José. "Compendio de Historia de México". México, Ed. Jus, 1965. P. 79.

Este contaba con diversos privilegios otorgados -- por los Reyes Católicos, que podían revisar las sentencias eclesiásticas, exigir el pase regio para todos los documentos pontificios, de ahí que se le daba a la Iglesia una forma autónoma - de poder evangelizar la región recientemente conquistada e iniciar su colonización, de tal suerte que el rey trató de parar - este patronato, ya que de inmediato creó una Iglesia rápida y - completa en la Nueva España, con un cuadro bien organizado, que le quitaba así el gobierno de la zona.

Para atender y resolver los problemas de las posesiones de ultramar, se creó en España "El Real Consejo de Indias" (5) y a su vez éste contaba con las "Leyes de Indias", -- para aplicarlas en asuntos judiciales, legislativos y administrativos, que sus amplias atribuciones demandaban estas leyes, - fueran humanitarias en relación al trato con las Indias, pero - lamentablemente en la práctica no se llevaban a cabo, ya que - existían o empezaban a darse diferentes intereses opuestos entre la Iglesia y los Reyes Católicos, por el afán de administrar la zona recién conquistada y en proceso de colonizaje.

Podemos decir que estas leyes no funcionaban básicamente ya que en primer lugar no obedecían a un plan previo y eran además leyes de carácter administrativo y reglamentario, y en tercer lugar lo peor, estas leyes ni siquiera se obedecían.

De tal suerte estas Leyes de Indias fueron tantas,

que tuvo que hacerse un código de ellas y esto fue el "Cedula--
rio de Puga, de 1563" (6); un siglo después en 1680 se concluía
"La Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias" (7), de
tal modo se hizo necesario que todas las leyes, conforme se ---
iban emitiendo y que básicamente estaban dadas al rey, dada su
gran magnitud, se tuvo necesidad de elaborar la "Novísima Reco-
pilación", para que en ella figurasen las numerosas leyes.

Es de hacer notar que esta situación aunque pudo -
combatir al tribunal de la Inquisición establecido en 1569 (8),
de modo que una vez integrado dicho tribunal o "Santo Oficio",
los Reyes Católicos al ver los abusos cometidos por ese tribu-
nal, consideraron interponer diversas situaciones para evitar--
lo, de ahí que se instala el Tribunal de Audiencia, con funcio-
nes gubernamentales específicas, y que tenían competencia en to-
da la Nueva España; y en especial para conocer los crímenes, si-
tuación que era prevista y reglamentada o juzgada por los Alcal-
des del crimen, quienes conocían de las causas criminales en --
primera instancia, cuando los hechos se habían ejecutado en un
perímetro comprendido en 5 leguas de su lugar de adscripción, -
de tal suerte que la administración de la Nueva España fue len-
ta y costosa, y los litigantes deberían de pagar las costas; en
Memoria de las Cosas de la Nueva España se lee al respecto:

6. Cue Canovas, Agustín. "Historia Social y Económica de Méxi-
co, 1521-1854". México, Ed. Trillas, 1967. P. 170.

7. *Ibidem*.

8. Collín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimien-
Los Penales". México, Ed. Porrúa, 1974. P. 31.

que tuvo que hacerse un código de ellas y esto fue el "Cedula--
rio de Puga, de 1563" (6); un siglo después en 1680 se concluía
"La Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias" (7), de
tal modo se hizo necesario que todas las leyes, conforme se ---
iban emitiendo y que básicamente estaban dadas al rey, dada su
gran magnitud, se tuvo necesidad de elaborar la "Novísima Reco-
pilación", para que en ella figurasen las numerosas leyes.

Es de hacer notar que esta situación aunque pudo -
combatir al tribunal de la Inquisición establecido en 1569 (8),
de modo que una vez integrado dicho tribunal o "Santo Oficio",
los Reyes Católicos al ver los abusos cometidos por ese tribu--
nal, consideraron interponer diversas situaciones para evitar--
lo, de ahí que se instala el Tribunal de Audiencia, con funcio-
nes gubernamentales específicas, y que tenían competencia en to-
da la Nueva España; y en especial para conocer los crímenes, si-
tuación que era prevista y reglamentada o juzgada por los Alcal-
des del crimen, quienes conocían de las causas criminales en --
primera instancia, cuando los hechos se habían ejecutado en un
perímetro comprendido en 5 leguas de su lugar de adscripción, -
de tal suerte que la administración de la Nueva España fue len-
ta y costosa, y los litigantes deberían de pagar las costas; en
Memoria de las Cosas de la Nueva España se lee al respecto:

6. Cue Canovas, Agustín. "Historia Social y Económica de Méxi--
co, 1521-1854". México, Ed. Trillas, 1967. P. 170.

7. *Ibidem*.

8. Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimien--
Los Penales". México, Ed. Porrúa, 1974. P. 31.

"Se ha de proveer para que se eviten los grandes - robos y cohechos que los escribanos de aquella --- tierra hacen y que hun hecho cada día sin querer - estar ni pasar por los aranceles y cualquier persona que pide que las costas que lo han de llevar -- sean tasadas por el arancel teniendo por ello grande odio y enemistad y no negocian sus negocios conforme a justicia por causa de los dichos escribanos porque no hacen más de lo que ellos quieren y ordenan" (9).

Esta transcripción nos refleja los constantes abusos en el procedimiento que se llevaba en aquellas épocas, en los cuales los escribanos podían hacer y deshacer cualquier delito o bien resolver de tal o cual manera.

Por lo que se refiere a los negocios criminales, - las penas eran terribles y crueles ya que se empleaba el tormento, se marcaba con hierro candente, se mutilaba, se utilizaba - la picota, hasta la pena de muerte en la horca, etc.

El Tribunal de Audiencia vino a reglamentar un poco la situación que prevalecía anteriormente, aunque para 1710, se constituye el Tribunal de la Acordada (10), mismo que se integró con un juez o capitán llamado Juez de Caminos, comisario y escribanos; aunque este tribunal también adoleció de muchas -

9. Cue Canovas, Agustín. Op. Cit. P. 171.

10. Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. P. 39.

dificultades, ya que sus procedimientos eran sumarísimos y se podría decir que era un tribunal ambulante ya que podía ir de un lado a otro. "Este mismo tribunal de la Acordada, tuvo el mismo fin que los tribunales anteriores, ya que en la prisión del mismo nombre, los procedimientos inhumanos la convirtieron en una escuela de crímenes y horrores y quienes lograban obtener su libertad volvían a delinquir, poniendo en práctica las enseñanzas adquiridas y los medios idóneos para burlar la acción legal" (11).

Dicho tribunal tenía jurisdicción para perseguir y juzgar ladrones y asaltantes aún dentro de la población, por lo que observamos que el derecho penal referente al robo básicamente estaba dado por una legislación cuyo origen era el monarca, y que la misma ley no se aplicaba solamente por cuestiones de intereses entre las personas que asignaban tal derecho, por lo que se puede decir que el delito de robo para estas épocas, estaba perseguido y no solo eso, sino que estaba severamente castigado por los tribunales tan desorganizados que existían en esas épocas.

11. Ibidem. P. 41.

I.2 EPOCA INDEPENDIENTE.

La época independiente de nuestro país comienza a partir de: "el momento en que se consuma la independencia, con la entrada del Ejército Trigarante a la capital de México, hecho que tuvo lugar el 27 de septiembre de 1815" (12). De ahí -- que se establezca una junta gubernamental que comenzara a regir los destinos de la nación, la cual era el territorio más extenso de los países hispanoamericanos, provocando con ello una --- gran revuelta por la nueva situación del país, pues existían -- grupos muy fuertes de comerciantes que tenían acceso a la cultura y empezaban a reclamar derechos de igualdad entre criollos y todos los demás mexicanos pero dejando de lado a los indios.

"El congreso constituyente eligió a Iturbide como el emperador Agustín I, quien gobernó 11 meses desde mayo de -- 1822" (13). A causa de esto: "Antonio López de Santana se subleva en Veracruz y proclama la república, teniendo como consecuencia la expulsión del emperador y la disolución del congreso"(14); para el 4 de octubre de 1824 se expide la primera carta magna, - la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente, con 171 artículos, - estableciéndose con ésto la primera república y así para el año de 1836 el poder judicial se ejercía por la Suprema Corte de -- Justicia, los Tribunales Superiores de los departamentos y los

12. Macía C., Bertha del C. Op. Cit. P. 42.

13. González, Luis. "El período formativo" en Historia de México. México, El Colegio de México, 1983. P. 95.

14. Macía C., Bertha del C. Op. Cit. P. 46.

jueces subalternos de primera instancia, civiles y criminales, de las cabeceras de distrito de cada departamento (15).

De esta manera se estaba organizando el país para administrar la legislación aunque para estos momentos se reconocían aún dos tipos de fuero, el eclesiástico y el militar, que lo sacaban de la legislación y les destituía un poder de fuero.

De tal suerte que para 1858 aparece la ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales del fuero común (16). Tales situaciones vienen a redundar sobre la organización judicial de aquellos momentos y que para 1857 se proclama una nueva constitución (17). De este modo van cambiando las ideas y en esta misma constitución ya existen ciertas garantías para los criminales tales como que se les haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si es que lo hubiera, que se les tome la declaración preparatoria en 48 horas a partir de que estuvieran a disposición del juez, careo con testigos, facilitación de datos, advertencia para la preparación de su defensa, en fin, se comenzaba a dar la idea humanista de nuestro derecho constitucional.

Así surge la "Ley de Jurados Criminales" (18) y ésta introdujo innovaciones importantes en el ambiente jurídico de aquella época; cabe mencionar al Ministerio Público con funciones de fiscalía que tenía anteriormente.

15. Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. P. 44.

16. "La procuración de la justicia, nueva filosofía del Ministerio Público". México, P.G.J.D.F., 1984. P. 8

17. Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. P. 46.

18. Cfr. Ibidem. Pp. 47-49.

Para 1871 (19), la anarquía en cuanto al procedimiento penal continuaba y sólo la inquietud de idealismo de algunos juristas provocó que se reuniera una comisión para estudiar problemas, cuyo resultado fue la expedición del Código Penal para el Distrito Federal y territorios de Baja California y para toda la nación en delitos federales. Situación que provocó que se codificara el procedimiento del perseguimiento de los delitos, de tal suerte que para 1880, 1894, 1908, 1929, --- 1931 y 1934 existían versiones diversas del Código de Procedimientos Penales (20).

Fue así que se emplearon diversas situaciones sociopolíticas en cada uno de ellos y en las mismas se refleja -- más que nada la preocupación por guardar el respeto al derecho de la propiedad. Debemos tomar en cuenta que para esta época in dependiente, se estaba en una etapa de conformación, incluso en esta etapa se vende la alta California y se vende el estado de Texas, situaciones que empeoraron la administración pública y -- por ende la justicia del gobierno mexicano y en determinado momento protegieron a la población, centralizándola através de -- las leyes anteriormente citadas. En esta época, cuando los fueros del clero son abolidos por las Leyes de Reforma, después de que se inicia la guerra de los 3 años, la intervención francesa y entonces surge Juárez como vencedor de la batalla (1866-67);

19. Loc. Cit.

20. Ibídem. P. 48-49.

para esta época se empieza a configurar nuestro territorio, y la paz social se va desarrollando hasta el punto de que ya se podía dar una legislación propia para nuestro país y no la surgida de la corona.

Así el maestro Raúl F. Cárdenas al hablarnos del primero de nuestros códigos penales nos dice: "En el título primero del libro tercero del Código Penal de 1871 denominado 'Delitos en contra de la propiedad', se agrupaban once capítulos con las siguientes figuras delictuosas: robo, robo con violencia a las personas, abuso de confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, despojo de cosa inmueble o aguas, amenazas, amagos, violencias físicas, destrucción o deterioro causado en propiedad ajena por incendio, destrucción o deterioro causado por inundación y destrucción, deterioro o daño causados en propiedad ajena por otros medios" (21).

Empezaba ya a establecerse nuestra propia legislación y conceptos nacionalistas de lo que se debía entender en cuanto al delito de robo y la manera como debía perseguirse.

Ahora bien, la lucha por el poder se volvió a suscitarse, debido a la permanencia del general Porfirio Díaz en la presidencia de la república; tal situación provocó excesos y abusos en todo y por ende el enardecimiento de las clases populares, trayendo como consecuencia la revolución.

21. Cárdenas, Raúl. "Derecho Penal Mexicano del Robo". México, Porrúa, 1982. P. 9

Lo anterior provocó una época de mayor consolidación, toda vez que el pueblo logra tomar el gobierno para él mismo, estableciendo una constitución federalista para 1917, de la que hablaremos en el siguiente inciso

1.3 EPOCA CONSTITUCIONALISTA.

Es obvio que este período empieza a contar desde que en Querétaro se reuniera el Congreso de la Unión para protestar y promulgar la Constitución que actualmente nos rige, y que es la de 1917; dicho Congreso, como todos sabemos, fue convocado por Venustiano Carranza. Después de esta lucha por el poder (1922), se inició una etapa de paz y prosperidad para el pueblo mexicano y en esta situación empezaron a florecer las ideas del Derecho Penal que actualmente se conocen, o mejor dicho se empezaron a cimentar las ideas del Derecho Penal que actualmente conocemos ya que se modificó sustancialmente el procedimiento penal mexicano al abandonarse la teoría francesa que estructuró nuestros códigos y al eliminar a los jueces cualquier carácter semejante al de la policía judicial; se limitaron las funciones del Ministerio Público, que en términos generales es la persecución del delito, y así mismo se da la división del Ministerio Público Federal y Ministerio Público Militar, así como Ministerio Público del Fuero Común en cada una de las entidades federativas, siendo que para el 17 de septiembre

de 1931 (22), empezó a regir el Código Penal que actualmente - con sus adiciones y modificaciones nos rige, siendo que en su artículo 367 está básicamente tipificando una conducta que constituye el delito de robo y es la que nos ocupa es este estudio y por lo tanto pasaremos a hablar de esta figura delictiva.

La anterior organización en lo que se refiere a la administración y persecución de los delitos vino a redundar también en la legislación. En tal situación, nuestro segundo Código que fue promulgado para 1929, estableció el delito de robo, en los términos que nos comenta el maestro Raúl F. Cárdenas, quien también expresa lo referente respecto de la legislación en torno al robo en el Código Penal de 1931:

"El Código Penal de 1929 cobijó las figuras de robo con violencia, abuso de confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, en el título XX del libro tercero, excepción hecha de las amenazas, que ubicó en el título que denominó: 'De los delitos contra la paz y seguridad de las personas'".

El Código Penal de 1929 reservó la misma denominación al título XX, "Delitos contra la propiedad" y en diez capítulos clasificó los distintos tipos descritos en el Código Penal de 1871, introduciendo pequeñas modificaciones. Así en el capítulo III se hace referencia al robo con violencia, suprimiendo la expresión "a las personas" del capítulo III del Código Penal de 1871; en el capítulo V en vez de emplear la palabra "fraude", -

la cambia por "estafa", y en el capítulo VI, se hace referen--
cia no sólo a la quiebra fraudulenta, sino también a la culpa--
ble.

Por lo que se refiere a nuestro Código vigente --
(1931), el título que agrupa las distintas tipologías mencionad
das en los códigos anteriores, lleva el número XXII, del libro
segundo y cambia su designación por el de: "Delitos en contra
de las personas en su patrimonio", agrupándolos en seis capítul
os que denomina: robo, abuso de confianza, fraude, delitos com
etidos por los comerciantes sujetos a concurso, despojos de -
cosas inmuebles y aguas y daños en propiedad ajena" (23).

Es evidente cómo el desarrollo de las normas penal
es va a estar supeditado a la seguridad social que en un mo--
mento determinado, puede existir dentro de una sociedad específ
fica.

En general, debemos considerar que el delito de -
robo, en su período legislativo formal en nuestro país, siem--
pre fue considerado de carácter punible y persecutorio.

En suma, podemos decir que el delito de robo siemp
re ha estado presente a lo largo del desarrollo de la histo--
ria de la humanidad y que no obstante los avances científicos,
tecnológicos y humanísticos, en todos los ámbitos y en todas -
las épocas hemos encontrado el citado delito.

23. Cárdenas, Raúl. Op. Cit. P. 10.

CAPITULO SEGUNDO

CONFIGURACION DEL CUERPO DEL DELITO

II.1.-ELEMENTOS DEL TIPO.

II.1.1.-EL QUE SE APODERA.

II.1.2.-COSA AJENA MUEBLE.

II.1.3.-SIN DERECHO, NI CONSENTIMIENTO DE PERSONA AUTORIZADA POR LA LEY PARA DARLO.

II.2.-EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

II.3.-LA INTEGRACION DEL CUERPO DEL DELITO.

II.3.1.-DILIGENCIAS BASICAS DEL MINISTERIO PUBLICO PARA INTEGRAR EL CUERPO DEL DELITO.

II.4.- DEFINICION DE PATRIMONIO.

CAPITULO II.

CONFIGURACION DEL CUERPO DEL DELITO.

Para poder hacer el estudio de nuestro delito, es menester observar diferentes situaciones que le dan vida al mismo, siendo éstas el motivo de análisis en el presente capítulo; desglosaremos uno por uno, los elementos del tipo delictivo y observaremos su precisa definición e interpretación; -- también veremos que el bien jurídico es tutelado por la norma, la forma de cómo se integra el cuerpo del delito, las diligencias básicas del Ministerio Público para integrarlo y el patrimonio en relación al sujeto pasivo del delito, situaciones que conforman nuestra figura delictiva y que nos llevan a la configuración legislativa de nuestro México.

II.1 ELEMENTOS DEL TIPO.

Para empezar a hablar sobre elementos del tipo, debemos conocer o por lo menos precisar lo que es el tipo en su definición, tomada del diccionario de la lengua española: -- "Modelo, cosa o persona representativa; conjunto de rasgos característicos de las personas o las cosas de la misma naturaleza, persona o individuo clase, género, ejemplar individual en el que se basa la descripción de una nueva especie o género -- biológico, conjunto de características que tiene; porcentaje, -

índice" (24). De tal forma que nuestra lengua en general, reconoce que el tipo es un modelo de cosas, o una persona representativa, o básicamente es un conjunto de características, o el ejemplar individual; en nuestro derecho, este mismo tipo es -- "el modelo a seguir", o la característica especial de las cosas, de tal suerte que para el derecho penal el tipo es: "La descripción abstracta que hace el legislador. En la ley penal, de los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie delictiva, esto es, no toda acción antijurídica es punible, para que lo sea es preciso que el legislador lo haya -- descrito previamente en un tipo penal" (25).

En la definición, esta descripción o este modelo de norma penal, necesariamente está hecha por el legislador, -- esto es, que la misma representación de la soberanía a través -- del Poder Legislativo, va a imponer la seguridad social mediante diferentes tipos que la misma sociedad requiera, para lograr los fines de esta misma agrupación humana, para conseguir la justicia y el bien común sosteniendo que: "La seguridad jurídica implica las nociones de orden legal, eficaz y justo y -- que por consecuencia, no puede haber oposición o contradicción desde el punto de vista racional, entre la seguridad jurídica, la justicia y el bien común" (26).

24. García Pelayo y Gross, Ramón. "Diccionario Larousse Ilustrado". México, Ed. Larousse, 1981. P. 737.

25. Díaz de León, Marco A. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". México, Ed. Porrúa, 1986. Vol. II. P. 2166.

26. Preciado Hdz., Rafael. "Lecciones de Filosofía del Derecho" México, Ed. Jus, 1979. P. 241.

De lo anteriormente expuesto observamos que el movimiento de los seres humanos, forma la sociedad y en el transcurso de su evolución jurídica crea el Estado; éste mismo conlleva la representatividad del pueblo através del Poder Legislativo. Los legisladores, al tratar de imponer la seguridad jurídica, la justicia y el bien común, proponen los diversos tipos penales que indican las conductas prohibidas por la sociedad, esto es, formando una gama de conductas previstas que la sociedad considera ilícitas, en determinado tiempo y espacio y por ende delictuosas.

Dada su gran importancia observaremos nuestro tipo que es el delito de robo, que en su forma genérica dice a la letra:

"ARTICULO 367: Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley" (27).

Este tipo o este modelo que contiene la conducta que la misma sociedad ha intentado prevenir, contempla diversos elementos, a saber: 1) El que se apodera; 2) Sobre bienes muebles ajenos; 3) Sin derecho ni consentimiento de persona autorizada para darlo conforme a la ley. Dicese que estos son los elementos que forman el tipo o la norma penal, es decir, para que pueda tener vida el tipo penal através de la tipicidad, entendida como la coincidencia de la conducta del imputa-

do con la descripción del tipo del delito señalado por la ley penal. Rafael de Pina expresa que Porte-Petit la describe como: "la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula 'Nullum crimen sine tipo'" (28).

En el momento en que se reúnen todos y cada uno de los elementos citados, nos encontraremos en frente de la tipicidad, esto es en frente de la vida del delito, de la circunstancia que la misma sociedad quiso prevenir para que no fuera violada, mismos elementos que analizaremos a continuación en relación a la tipicidad.

II.1.1 EL QUE SE APODERA.

Por apoderar debemos entender lo siguiente: "haber se apoderado de una persona, hacerse el dueño de una cosa, dominar" (29). Este concepto que tiene el diccionario sobre la idea de apoderar, básicamente para el interés de nuestro estudio consistirá en dominar o ejercer un dominio sobre una cosa, cuando el mismo diccionario dice que dominio es: "la libre disposición de lo que es suyo, superioridad legítima sobre las personas, autoridad, territorio sujeto a un Estado o soberano, nombre de -- varios estados de la comunidad británica, políticamente independientes, pero todos ligados a la corona de Inglaterra.

28. De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho". México, Ed. Porrúa, 1970. P. 315.

29. García Pelayo y Gross, Ramón. Op. Cit. P. 51.

Tiende a sustituir este término de estado miembro de Common Wealth, conocimiento perfecto, represión de las pasiones, poder que tiene uno sobre sus propias pasiones o elecciones " (30). Este dominio o apoderamiento representa una libre disposición de lo que es suyo, aunque estas definiciones no llegan a darnos pauta para poder tener rasgos de penalización en el apoderamiento, ya que al referirse al hacerse dueño de una cosa sobre la que se ejerce dominio, necesariamente estamos contemplando una posición lícita de la definición, así como también disponer de lo que es de uno, por lo que el apoderamiento en el sentido expresado en el artículo 367 o en el tipo que nos ocupa es: "la aprehensión de la cosa, por la que se entra en su posesión, o sea que ejerce sobre ella un poder de hecho" (31). Ese apoderamiento, significa ejercer sobre la cosa, un poder de hecho, misma definición de ejercitamiento del poder que encontramos en el Código Civil en el artículo 790 el cual dice: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él" (32).

Para que se reúna este elemento de apoderamiento, éste debe significar el hecho de ejercer sobre ella un poder de hecho, situación que se da en la práctica a través de ese arrebatamiento, o esa situación de apoderamiento por parte de la per-

30. *Ibidemb.* P. 240.

31. Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado". México, Ed. Porrúa, 1981. P. 690.

32. Código Civil para el D.F. México, Ed. Porrúa, 1986. P. 186.

sona que en determinado momento cuando tiene la cosa en sus manos, empieza a ejercer sobre ella un poder de hecho, constituyéndose la posesión del bien mueble.

De aquí surgen varias interrogantes en relación a la posesión del bien; se ejerce legalmente sobre él un poder de hecho, y aunque no se tenga la posesión de él, se estará en --- frente en el momento de su disposición, del delito de abuso de confianza y no del delito de robo, ya que la posesión ha sido otorgada legítimamente, aunque su disposición es contraria a de recho.

Ahora bien, este apoderamiento puede llegar a ser con violencia, con engaño o presentarse bajo diversas situaciones que se dan en la práctica, a pesar de ello, e incluso de que la cosa fuese o estuviese sola, esto no le permite al agente activo tomarla sin derecho ni consentimiento de persona que pueda disponer de ella, de tal suerte que la siguiente jurisprudencia aduce el apoderamiento en sentido general, sin que el medio de cómo apoderarse influya para la tipificación del delito; dicha jurisprudencia dice:

"Jurisprudencia. Robo: Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley; y si el inculpado pone en práctica algún ardid desplazando al sujeto pasivo de la infracción, para consumir su delito, no por ello desnaturaliza el apodera---

miento, que también puede realizarse através de esta maniobra.

Amaparo Directo 2947/1955.- Antonio Julio Murrado Morra Alan. Resuelto 2 de marzo 1956 por unanimidad 4 votos, ausente el Sr. maestro Olea y Leyva. Secretario Lic. Raúl Guerra Salinas. Primera Sala, Boletín 1956 Pág. 226" (33).

De tal forma que esta situación de ejercer un poder de hecho sobre la cosa, se puede dar de diversas maneras en forma inmediata. Por terceras personas puede darse de diferente manera, sin que sea requisito el que el delincuente sepa de lo que se está apoderando, como es el caso del robo de bolsas comunes, en el cual el agente activo no conoce el interior de la bolsa. Por lo que este elemento básicamente consiste en el ejercicio sobre el bien mueble ajeno, de tener sobre éste un poder de hecho.

II.1.2 COSA AJENA MUEBLE.

Es indispensable hacer notar la circunstancia del porqué el legislador utilizó para designar a los bienes la palabra "cosa", como si utilizara el término para una amplia gama de elementos o cosas, que en nuestro concepto podría ser benéfico el hablar de bienes en lugar de cosas, explicación que dare-

mos en este inciso; ya que "cosa" puede abarcar una amplitud -- conceptual que incluye la materia, es necesario especificar que ésta se encuentra de tres formas en la naturaleza: sólida, líquida y gaseosa y que no obstante ello, puede ser susceptible de apropiación.

De tal forma que este concepto de "cosa" engloba - en sí mismo objetos corpóreos e incorpóreos, susceptibles de tener algún valor, aunque en nuestra opinión la palabra "cosa" en sentido general y jurídico debe significar: "Realidad corpórea e incorpórea, susceptible de ser materia considerada como bien jurídico" (34).

De esta manera encontramos que esta realidad corpórea e incorpórea puede ser susceptible del bien jurídico, es decir, es apropiable, ahora bien, debemos entender por bienes, "todas aquellas cosas y objetos que pueden ser objeto de comercio y prestar alguna utilidad al hombre y más comúnmente constituyen la hacienda o caudal de una persona determinada. Se encuentran clasificados en: bienes abintestato, bienes asensuados bienes castrenses, bienes cuasicastrenses, bienes conacionales, bienes corporales, bienes incorporales, bienes de abolengo, bienes dotables, bienes fungibles, bienes gananciales, bienes inmuebles, bienes muebles y semovientes, bienes litigiosos, bienes mostrencos, bienes parafernales, bienes extradotales, bie-

34. De Pina, Rafael, Op. Cit. P. 119.

nes prefecticios, bienes relicticios, bienes reservables, bienes troncales, bienes vacantes, bienes vinculados, etc." (35).

Hacemos la observación de cómo el legislador, al dar la definición o al ingresar más que nada la norma penal a la sociedad a través del tipo, nos hace una referencia de aquello en lo que puede recaer el delito y para "no complicarse la vida", solamente le puso cosa, esto es, que el legislador consideró a la cosa corpórea o incorpórea susceptible del delito de robo, de tal forma que: "jurídicamente, dentro de las cosas encontramos la especie 'bienes', no sólo cuando son útiles al hombre, sino cuando quedan apropiadas. El sol es una cosa indispensable a la vida, pero no es un bien, porque no puede ser objeto de apropiación" (36).

El legislador, al tratar de aplicar el género para los objetos motivos del delito, consideró que para este mismo tipo fuera funcionable en una amplia gama de circunstancias, no solamente de territorio sino también en el tiempo, esto es, que como nuestra sociedad es evolucionante, el concepto de cosas, en sentido genérico se conservaría por largo tiempo, ya que este mismo concepto es susceptible de ser considerado por un largo tiempo.

35. Atwood, Roberto. Diccionario Jurídico. México, Ed. Librería Bazán, 1982. P. 39.

36. Ibarrola, Antonio de. Cosas y Sucesiones. México, Ed. Porrúa, 1981. P. 75.

Ahora bien, si observamos que solamente los bienes son susceptibles de ser apropiados o mejor dicho, cuando una cosa es apropiada se convierte en un bien, y como expusimos en el inciso anterior, ese apoderamiento ilícito del sujeto activo es uno de los elementos necesarios para el tipo, observamos que -- por lo que se refiere a esta diferencia entre cosa y bien, el legislador empleó la palabra "cosa" y "bien", como lo expusimos para generalizar y hacer un tipo amplio pero ambiguo.

Por lo que se refiere al objeto mueble, lo encontramos definido en el Código Civil, artículo 753:

"Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que -- pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya se muevan por efectos de una fuerza exterior" (37).

Como podemos ver, los bienes muebles son aquellos que pueden trasladarse de un lugar a otro, aunque sirve de complemento para esta definición lo dicho en el artículo 752 del mismo Código Civil:

"Los bienes son muebles por su naturaleza o por -- disposición de la ley" (38).

Encontramos que existen bienes muebles que en determinado momento son muebles por disposición de la ley.

37. Código Civil para el D.F. Op. Cit. P. 181.

38. Loc. Cit.

Tal es el caso de los diferentes derechos civiles y familiares que pueden ser objeto de comercio y negociación.

Esa acción de apoderamiento va a recaer sobre un objeto corpóreo o incorpóreo, susceptible de moverse por sí mismo o por fuerza exterior, o que le ha sido delegada la naturaleza de objeto mueble por la misma legislación, y que corresponde respecto del sujeto activo como ajeno a él, mejor dicho, no es de su propiedad.

II.1.3 SIN DERECHO NI CONSENTIMIENTO DE PERSONA AUTORIZADA POR LA LEY PARA DARLO.

Es interesante observar cómo cada uno de los elementos anteriormente analizados, deben de existir para que el tipo pueda tener también vida. Esto es, que no solamente se requiere que exista un apoderamiento, sino que se trate de una cosa ajena, necesariamente mueble, pues si fuera inmueble, estaríamos frente a otro tipo de delito, no de un robo.

Además de estas dos circunstancias anteriormente mencionadas, es requisito para la existencia del delito, que este apoderamiento de cosa ajena mueble sea sin derecho, y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, es decir, la propietaria de la cosa mueble; ahora bien, el concepto sin derecho encierra en sí mismo un elemento normativo de lo injusto, considerando al derecho como el elemento justo de las relaciones humanas, que llevadas con jus-

ticia generan la ilicitud y en ausencia de dicho elemento de justicia impuesto por la sociedad misma, encuentra su existencia - esta transgresión penal.

Esta persona que conforme a la ley puede disponer de la cosa o como lo dice el Código Penal, puede dar su - derecho o su consentimiento, no es más que la persona propietaria del bien o en su caso, un poder judicial bastante y suficiente, en el que se cumplan las formalidades del proceso; puede otorgar también ese embargo en contra de los bienes que por sí mismos van a garantizar el pago de alguna deuda, y no estaremos en presencia de un robo, sino de la autorización o el consentimiento de una autoridad o persona que puede disponer de -- ellos con arreglo a la ley; según las circunstancias especiales del caso pues el concepto "propiedad", para el sujeto pasivo -- del delito, lo podemos entender como: "el poder jurídico que -- una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal por virtud de una -- relación que se origina entre el titular y dicho sujeto" (39).

El derecho a la propiedad de las cosas cuando es lícito, es oponible a la universalidad de gentes que lo rodean en la sociedad, esto quiere decir que es un derecho universal y que es oponible a cualquier persona.

39. Rojas Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. México, Ed. Porrúa, 1982. P. 79. Vol. II.

Dice el artículo 830 del Código Civil, que el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que exige la ley, y que dicha propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización, agregando esto el artículo 831 del mismo código, situación que nos hace pensar lo siguiente: siendo el derecho de propiedad un derecho real, la propiedad entonces es un poder jurídico que se --- ejerce en forma directa e inmediata, así mismo este derecho se debe ejercer sobre un bien corporal, e implica que esta cosa -- puede ser aprovechada totalmente por su dueño y que es oponible a cualquier persona.

Lo que rige básicamente para el sujeto pasivo del delito, es que éste sea propietario de esa cosa ajena mueble, esto es, que en el momento preciso sea esa persona que como lo dice el mismo tipo, puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, y que la misma no otorgase su derecho ni consentimiento para disponer de ella, por lo que reunidos estos elementos - como son: la aprehensión o el ejercer poder sobre una cosa, que dicha cosa sea ajena al sujeto activo, y que el sujeto pasivo - ejerza su derecho de disponer de ésta conforme a la ley.

El sujeto pasivo puede ser propietario, depositario o cualquier otro derecho otorgado por la ley.

Por lo que una vez reunidos los elementos citados, estaremos enfrente de la tipicidad, entendida como: "El encuadramiento de una conducta con la descripción, hecha en la

ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto" (40).

En el momento en que cada uno de estos elementos salgan a la luz y estén íntimamente relacionados entre ellos mismos, la norma penal estatuida en el tipo, empezará a tener vida a través de la tipicidad, y ésta provocará que el sistema penal funcione a beneficio del sujeto pasivo del delito.

II. 2 EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

Todo tipo o norma penal, debe proteger un bien jurídico que la sociedad quiere que sea protegido, es decir, que proteja los diversos valores que la sociedad en determinado momento ha exaltado.

La misma sociedad, a través de sus representantes en el Poder Legislativo, manifestará sus necesidades de protección y sanción para los transgresores de las normas, permitiendo así la libertad necesaria de acción, basada en la seguridad jurídica que la reglamentación expresa por y para la subsistencia de dicha sociedad.

Jiménez de Asúa considera que: "La teoría de que el delito es la violación de los derechos subjetivos deduciéndose de aquí que el sujeto de la infracción es el derecho subjetivo que en cada caso la ley protege concretamente" (41).

40. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. México, Ed. Porrúa, 1974. P. 166.

41. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Ed. Losada, 1965. P. 103.

La concepción de este tratadista encierra -- que el tipo protege derechos subjetivos, y que estos derechos subjetivos estarán dados por el interés de la población.

Otra definición es la siguiente: "En orden a la concepción subjetiva del interés, que el bien (entendido -- conforme a su peculiar terminología deprivatista) es el objeto del delito pero no de la tutela penal siendo posible la coincdencia en la teoría subjetiva" (42).

Hay un interés que es el bien y éste es el objeto del delito o la tutela del derecho penal de ese interés o bien jurídico, esto es, que el objeto del delito se puede identificar con el mismo bien jurídico y objeto del delito.

Ahora bien, consideremos que el objeto jurídico: "Es el objeto que protege la norma penal, es el interés legalmente protegido" (43).

El objeto que protege la norma penal es el interés de la sociedad por ver amparada su propiedad misma, así como asegurados sus derechos, siendo que en el delito que nos ocupa, el interés jurídicamente protegido es el patrimonio de las personas y de éste surge la definición del mismo tipo en -- cuanto al objeto del delito, esto es, el spoderamiento de un -- bien, que forma parte del patrimonio de alguna persona que en determinado momento es el sujeto pasivo del delito.

42. Carnelutti, Francesco. Principios del Proceso Penal. Buenos Aires, Ed. E.G.E.A., 1975. P. 246.

43. Díaz de León, Marco A. Op. Cit. P. 312. Vol. I.

Este delito forzosamente debe ser doloso, ya que conforme al artículo 8º fracción 1ª y artículo 9º párrafo 1º del Código Penal, debe de existir la voluntad consciente de el sujeto activo para realizar el delito, y violar así el bien jurídico protegido o tutelado por la norma penal, que en este caso sería el patrimonio económico del sujeto pasivo, de tal forma que la imprudencia y la preterintencionalidad no se dan para este delito; esto quiere decir que es un delito de los -- que solamente pueden cometerse por voluntad del sujeto activo.

II.3 LA INTEGRACION DEL CUERPO DEL DELITO.

Para que podamos hablar de una acción penal, es necesario tener dos presupuestos indispensables, que exista un cuerpo del delito y que éste sea imputable a una persona -- a través de una presunta responsabilidad.

Se dice presunta toda vez que, gracias al derecho de previa audiencia es contemplado como garantía individual en el artículo 14 de nuestra Constitución: "Nadie podrá -- ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, -- posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribu-- nales previamente establecidos, en el que se cumplan las forma-- lidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes ex-- pedidas con anterioridad" (44).

44. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Co-- mentada. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985. Pp. 35-37.

Esta garantía trascendental viene a desglosarse con mayor fuerza en el artículo 20 de la Carta Magna y previene diversos derechos como:

- 1º A ser informado de la acusación.
- 2º A rendir declaración.
- 3º A ofrecer pruebas.
- 4º A ser careado.
- 5º A tener defensor. (45).

Todas estas garantías vienen a dar por resultado el derecho a la defensa a los que en determinado momento son imputables o se les atribuye presuntivamente un delito, -- mismo que forzosamente deberá ser demostrado; se utiliza la ex presión "presuntivamente", hasta que en determinado momento po damos tener una sentencia que haya causado estado, toda vez -- que como todos sabemos, las sentencias pueden ser también re-- curridas por los diversos mecanismos que la misma ley propor-- ciona, y no se puede hablar de responsabilidad hasta en tanto una sentencia haya causado ejecutoria; por lo que en la averi-- guación previa, en determinado momento para que tengamos ac--- ción penal, necesariamente debemos reunir dos circunstancias:

1. Que exista el cuerpo del delito.
2. Que exista una presunta responsabilidad.

De conformidad con el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. que nos dice en su par-

45. Zamora Pierce, Jesús. Garantías del Proceso Penal. México, Ed. Porrúa, 1984.

te conducente: "No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa" (46).

Este mismo artículo viene a sostener nuestra explicación respecto a que para hablar de una responsabilidad, necesitamos hablar forzosamente de una sentencia ya ejecutoria o que la misma haya causado estado, de lo cual tenemos que al inicio del procedimiento penal, como es el caso de la averiguación previa para que el Agente del Ministerio Público, en ejercicio de la persecución del delito, de conformidad con el artículo 21 constitucional, se le ha conferido esa misión, éste necesariamente deberá tener por comprobado el cuerpo del delito y una presunta responsabilidad para iniciar cualquier acción.

Ahora bien, en los incisos anteriores, observamos el desmembramiento del tipo, cómo él mismo está revestido de diversos elementos, los cuales forzosamente deben estar reunidos para integrar el cuerpo del delito, en caso contrario estaríamos frente de una atipicidad, entendida ésta como: "Habrá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecúe a la descripción legal, existe tipo pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, por ejemplo, un caso típico es el adulterio cometido sin escándalo y además cometido fuera del domicilio conyugal" (47).

46. Código de Procedimientos Penales. México, Porrúa, 1987. P. 56.

47. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. México, Ed. Trillas, 1984. P. 58.

Es de especial cuidado para el Agente del Ministerio Público integrar debidamente su cuerpo del delito, -- que en los incisos anteriores ya hemos desglosado.

Ahora bien, para poder hablar del cuerpo del delito es fundamental entender lo que es y lo que implica y -- para ello utilizaremos algunas definiciones de diversos autores, comenzando con la de Bentham:

"El cuerpo del delito es el estado de la cosa que ha sido objeto del delito, esto comprende no solo las cosas propiamente dichas, sino también las personas, en cuanto -- pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a un estado físico independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de las marcas producidas por enfermedad o por -- violencia externa" (48).

Para este autor el cuerpo del delito se compone de toda cosa, generalizando tanto objetos como personas, implicando toda materia tanto corpórea como incorpórea y que ha sido objeto del delito; esta definición es muy generalizadora.

Enrique Asenjo nos da otra definición y es la siguiente: "Cuerpo del delito es todo lo que acusa su existencia" (49). Esta definición con tan poca revelación encierra -- una amplia gama de situaciones, pues estaríamos de acuerdo en

48. Bentham, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. P. 297.

49. Jiménez Asenjo, Enrique. Derecho Procesal Penal. Madrid, - S.F.E. Revista de Derecho Privada, s/a. P. 444.

utilizar el verbo causar en vez de acusar, pues el cuerpo del delito es todo lo que causa su existencia; de tal explicación se desprende ambigüedad y generalidad, por ello pasaremos a la siguiente definición tomada de Jorge Zavala: "...el cuerpo del delito está dado por la adecuación del acto a un tipo penal o si se quiere en forma más concreta, es el preciso y adecuado - ensamblamiento de un acto en una figura de delito, en tiempo y espacio determinados" (50).

Por lo que observamos, en esta definición va concretizando la relación de la conducta al tipo penal en un ensamblamiento del acto que completa la figura penal en un -- tiempo y espacio determinado, esto es, no solo para la existencia del delito, sino también para la misma norma, la cual es - cambiante día a día en las distintas sociedades en que vivimos.

Al observar las distintas definiciones dadas, tenemos en cuenta que lo que constituye al cuerpo del delito, son los elementos que le dan vida, refiriéndonos a cosas, a to da esa amplitud de hechos ejecutados, tanto por la naturaleza como por el hombre, y que causan efectos de derecho, es este - caso de derecho penal, encuadrando con la conducta a la norma prevista en el tipo.

Por la importancia de la definición del cuerpo del delito, vamos a hacer la transcripción de la siguiente

50. Zavala Baquerizo, Jorge E. El Proceso Penal Ecuatoriano. - Ecuador, Ed. Royal Print, 1964. P. 183-184.

jurisprudencia:

"Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente con la ley penal". (Quinta época: suplemento de 1956, pág. 178 amparo directo A.D. 4173/53 Héctor González Castillo, 4 votos, tomo 130, Pág. 435. Amparo directo 5337/45 J.J. Castañeda Esquivel, unanimidad de 4 votos, vol. 17 pág. 77. Amparo directo 2677/58. Juan Villagrana Hernández 5 votos, vol. XLIV, pág. 54. Amparo directo 6698/60. José Zamora Mendoza, 5 votos.

Como observamos en la jurisprudencia transcrita, es preciso hacer hincapié en que el mismo cuerpo del delito, se entiende como el conjunto de elementos objetivos, estos es, concretos, exteriorizados, y los mismos deben ser de tal forma que constituyan o que formen o integren el tipo; para el delito en cuestión deben reunirse todos y cada uno de sus propios elementos que le dan vida a la norma jurídica, como es el que se le apodere de cosa ajena mueble y que este apoderamiento sea sin derecho ni consentimiento de persona que pueda disponer de ella, de acuerdo a la ley, de tal forma que reunidos todos los elementos forman lo que conocemos como cuerpo del delito.

Pensemos ahora qué sucedería si uno de estos elementos llega a faltar o no se integra debidamente, pues como lo expresamos anteriormente, estaremos enfrente de la ausencia de tipicidad o de la llamada "atipicidad", pues la conducta que previene la norma penal no se dió completamente por causas ya mencionadas anteriormente.

II.3.) DILIGENCIAS BASICAS DEL MINISTERIO PUBLICO PARA INTEGRAR EL CUERPO DEL DELITO.

El Agente del Ministerio Público al ejercer -- su función otorgada por el artículo 21 constitucional, debe -- forzosamente, como lo vimos anteriormente, actuar en el momento en que tiene algún conocimiento de denuncia o acusación, y tiene que emitir diversas acciones para realizar dos imperativos: 1. Integrar el cuerpo del delito, 2. Tener una presunta -- responsabilidad.

De tal suerte que la fundamentación para que el agente del Ministerio Público pueda elaborar su pliego de -- consignación, conlleva la integración del cuerpo del delito -- conforme a los artículos 114 y 115 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., y en ellos se previenen ideas como -- hacer la descripción de todas aquellas señales que pueden servir para esclarecer el caso, incluyendo las periciales; dicho artículo 115, que transcribiremos a continuación, se desglosa en los artículos 174 y 175 del Código Federal de Procedimien--

tos Penales; debido al nexo e importancia para nuestro estudio haremos la cita:

Artículo 115: "En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno - de los medios siguientes:

I. Por la comprobación de los elementos materiales del delito.

II. Por la confesión del indiciado, en cuanto se ignore quién es el dueño de la cosa, materia del delito.

III. Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que por circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia.

IV. Por la prueba de preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa, materia del delito; y

V. Por la prueba de que la persona ofendida - se halla en situación de poseer la cosa, materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada.

Estas pruebas serán preferidas en el orden numérico que están colocadas, aceptándose las posteriores sólo a falta de las anteriores" (51).

Este artículo nos dice principalmente, en qué momento se puede hablar legalmente de la integración del cuerpo del delito, de tal forma que la carga de la prueba se da en averiguación previa, correspondiendo al Agente del Ministerio Público tratar de integrar el cuerpo del delito.

Debemos considerar que la carga de la prueba en el proceso penal, aunque está apoyada en diversos criterios, en sustancia se deriva de consideraciones que se hacen en torno a la carencia de interés propio del Ministerio Público, a la posición de éste, como órgano administrativo del Estado, o bien a los poderes inquisitivos del juez que pueden suplir la inactividad de las partes (52).

Durante la averiguación previa, en algunas ocasiones, no se les permite tener un abogado defensor a los acusados detenidos, con el pretexto de "no interrumpir la averiguación"; y en muchas ocasiones no se proporcionan informes en torno al detenido o a él mismo, en caso de que se le tenga incomunicado, hasta no emitir una consignación o para no interrumpir las investigaciones.

Esto es evidentemente violatorio de garantías constitucionales, y no se puede hablar en averiguación previa de que la carga de la prueba sea tenida por las partes, es decir, acusador y defensor, ya que es imperio del acusador, in--

52. Díaz de León, Marco A. Tratado sobre las Pruebas Penales. México, Ed. Porrúa, 1988. P. 110.

quisitivamente, quien lleva las primeras averiguaciones al ejercicio de la acción penal cuando se tenga un cuerpo del delito y una presunta responsabilidad.

A pesar de ser una garantía individual el ser defendido desde el momento de la detención, es una situación - dada la violación de dicha garantía por la autoridad administrativa llamada Agente del Ministerio Público, so pretexto de "no interrumpir la averiguación".

Sucede muy distintamente en relación a la carga de la prueba en el proceso, ya que en el mismo, si éste (el acusado) no quiere o no puede designar defensor, el juez está obligado a asignarle un defensor de oficio, de acuerdo con la fracción III del artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., y desde este momento ya podemos hablar de dos partes dentro del procedimiento: 1) órgano acusador con -- cierta autoridad, el Ministerio Público, que no pierde su carácter de autoridad en el proceso, y 2) defensa: abogado perito en derecho, autorizado por la Dirección General de Profesiones. A partir de este momento ya se puede hablar acerca de una carga de la prueba para ambas partes tal y como lo menciona la siguiente jurisprudencia:

2854 PRUEBA, CARGA DE LAS LEYES QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO. SON DEL ORDEN PUBLICO.- Las leyes que rigen el procedimiento son del orden público, y no pueden dejarse, en consecuencia,

a la voluntad de las partes, porque al establecer esas leyes adjetivas, términos para el ofrecimiento, preparación y desahogo de las pruebas, si éstas no se rinden dentro de los mismos, es precisamente debido al desinterés o negligencia del que se ostenta con el derecho jurídico para que se desahoguen; y por lo que respecta al juzgador debe decirse que éste queda sujeto al impulso procesal de las partes, por tanto a estas últimas corresponde la carga procesal.

Amparo directa 2871/1974, Celia Espinoza de García, junio 13, 1975, unanimidad 4 votos, ponente Mtro. J. Ramón Palacios Vargas, Tercera Sala.- Sexta época, volumen 78, cuarta parte, pág. 39 (53).

Robo calificado: Insuficiencia de la prueba.- Cuando la autoridad responsable declara la culpabilidad del sujeto como autor del delito de robo calificado, por considerar que se cometió con violencia, basándose solamente por el dicho del ofendido, la sentencia que así lo establece es violatoria de garantías, en razón de que hay insuficiencia de la prueba,-

respecto de la concurrencia de la calificativa prevista en el artículo 372 del Código Penal aplicable. Amparo directo 6855/1962. Ernesto Calderón Huerta. Resuelto el 26 de julio de 1963 por unanimidad de 5 votos. Maestro Mercado Alarcón, Srío. Lic. Enrique Padilla Correa, Primera Sala.- Boletín 1963, pág. 281 (54).

Por lo que se refiere a la fracción I, está muy general y básicamente va a responder a las reglas de comprobación de los delitos en proceso, esto es que no sólo basta la querrela, denuncia del ofendido, sino que el juez tiene que valerse de diversas pruebas, las suficientes para que puedan en determinado momento, demostrar la presunta responsabilidad.

Por otro lado y por lo que se refiera a la -- confesión del indiciado, cuando se ignore el dueño de la cosa apoderada, esta circunstancia es mucho muy disputada, pues como de todos es sabido, las confesiones se extraen por lo regular, a base de golpes a los inculpados, por parte de la policía judicial y raro es el delincuente que tiene el valor civil para confesar plenamente su delito, mismo elemento de la prueba, que no sólo tiene que estar constituido por el reconocimiento que hace el inculpadado de su propia responsabilidad, sino que ese reconocimiento debe estar allegado por otros me-

dios de prueba que lo hagan verosímil de conformidad con la siguiente jurisprudencia:

"Conforme a la técnica que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, la confesión del inculpado como reconocimiento de su propia culpabilidad deriva de hechos propios, tiene valor de indicio y alcanza el rango de prueba plena cuando no es desvirtuada ni es inverosímil y es corroborada por otros elementos de convicción. Quinta época, suplemento de 1956, pág. 1939 (55).

Por lo que se refiere a esta segunda fracción, esta confesión no solamente tiene que estar dada, sino que deben de existir diversos medios que la hagan verosímil o bien, circunstancias que la hagan verosímil.

Por lo que se refiere a la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa y que no justifica su legal procedencia, consideramos que es una de las formas básicas para demostrar el cuerpo del delito, ya que con la comprobación de los elementos materiales y la confesión del indiciado, resultan en la práctica un tanto inaplicables, pues la fracción I del artículo 115 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., se puede aplicar para todo caso de

55. García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, V. "Prontuario del Proceso Penal Mexicano". México, Porrúa, 1982. P.321 a 322.

robo, sin que existan mayores contratiempos de precisión para el Ministerio Público, y por lo que se refiere a la confesión pues ésta siempre va a ser arrancada de cualquier manera, ya sea por la Policía Judicial o por los mismos ofendidos. Por lo que en determinado momento cuando alguien no demuestra la legítima procedencia de un bien en su poder, podemos estar -- pensando en el delito de robo.

Otra de las pruebas importantes es la de pre existencia, propiedad y falta posterior de lo robado, diligen cia básica en todos los delitos de robo, y como se verá, se - desahoga presentando testigos que legalicen la propiedad del objeto robado, esto para llenar el tipo en relación a la per sona que puede disponer de la cosa de acuerdo con la ley, así como también afecta la preexistencia y falta posterior de lo robado.

Se debe proceder a la inspección ocular en - el lugar de los hechos "cuando la realización de los hechos - deje vestigios o huellas materiales se solicitará la interven ción de peritos en criminalística de campo, si existen testigos de los hechos y están presentes en la oficina se les to-- mará su declaración, si se recuperan los objetos, materia del robo se practicará inspección material de ellas y se dará fé de las mismas através de la intervención de peritos valua--- dores.

Se observará que los mismos pueden valuar -- los objetos robados, deben de recabar una vez llegada la averiguación previa, todos los dictámenes periciales y cuando -- tengan algún detenido se le tomará su declaración inmediatamente para tomar una determinación prontamente (56).

Tiene especial importancia la inspección ministerial para el efecto de precisar que se trata de alguna calificativa del delito, por ejemplo: lugar cerrado, edificio vivienda, aposento, cuartos habitados o destinados para uso de habitación, fijos en tierra o móviles, o bien, determinar que el lugar donde fue robado el vehículo es vía pública.

En la diligencia correspondiente a la inspección ocular o ministerial debe referirse no sólo al inmueble en sí, sino a los muebles que dentro de él se encuentran, con el fin de establecer si se trata de lugar habitado o destinado a la habitación, para poder acreditar sus extremos, las calificativas o las modalidades en el delito de robo, mismas de que hablaremos en capítulo aparte.

II.4 DEFINICION DE PATRIMONIO.

Para el diccionario de la lengua española el patrimonio se entiende como: "Hacienda que se hereda del pa--

56. Osorio y Nieto, César Augusto. "La averiguación previa". México, Porrúa, 1981. P. 160-161.

dre o de la madre; patrimonio familiar; bienes propios adquiridos por cualquier motivo; lo que es privativo de un grupo de gentes; la vitalidad es patrimonio de la juventud; patrimonio nacional, la totalidad de los bienes de una nación" (57).

De tal forma que a este conjunto de bienes adquiridos se le nombra patrimonio. Para una concepción legalista entendemos el patrimonio como: "La suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona; conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un solo titular" (58).

De tal forma que esta concepción ya nos va dando una idea más precisa de lo que debemos considerar como patrimonio, siendo los bienes que pertenecen a una persona en su conjunto y no solamente los bienes corpóreos o incorpóreos, sino también derechos y obligaciones que corresponden a un solo titular, esto es, un conjunto de derechos y obligaciones sobre las cosas y circunstancias.

"Patrimonio viene de la palabra latina -patrimonium-, bienes que el hijo tiene, heredados de su padre y abuelos, aunque lo podemos definir como el conjunto de derechos y compromisos de una persona apreciables en dinero"(59).

En el patrimonio no solamente intervienen los bienes de las personas, sino que también está formado por los activos y pasivos de su hacienda, así como los derechos rea-

57. García Pelayo y Gross. Op. Cit. P. 552.

58. De Pina, Rafael. Op. Cit. P. 259.

59. De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. P. 39.

les, personales y mixtos que en determinado momento pudieran tener las personas físicas, siendo el patrimonio el bien jurídico tutelado por nuestra norma penal que se refiere al delito de robo; esto es lo que el tipo previene debidamente legislado, es la protección y la seguridad de los derechos de las personas sobre sus activos y pasivos, sobre sus derechos reales personales y mixtos, y en general sobre sus bienes y derechos que en determinado momento procedan, brindándoles la seguridad de que serán respetados por las diversas personas y que constituyen una propiedad privada de uso exclusivamente privado, siendo sus dueños o sujetos pasivos, los únicos autorizados conforme a ley para poder determinar el destino de dichos bienes.

En conclusión, el bien jurídico tutelado por la norma será el patrimonio de las personas, traducéndose en la defensa de la propiedad privada de las cosas.

CAPITULO TERCERO

LAS CALIFICATIVAS DE LOS DELITOS EN GENERAL.

III.1.-DEFINICION DE CALIFICATIVA.

III.2.-LAS CIRCUNSTANCIAS COMUNICABLES.

III.2.1.-LAS AGRAVANTES.

III.2.2.-ATENUANTES.

III.2.3.-CIRCUNSTANCIAS ANALOGAS.

III.2.4.-CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.

III.2.5.-LAS CALIFICATIVAS.

III.3.-LA CALIFICACION DEL DELITO EN EL AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL

III.4.-LAS MODALIDADES DEL DELITO EN RELACION A LAS CIR- CUNSTANCIAS COMUNICABLES.

CAPITULO III

LAS CALIFICATIVAS DE LOS DELITOS EN GENERAL.

Es necesario hablar del concepto de calificativas en sentido general, y su aplicación en los diversos delitos de manera amplia; así estaremos en aptitud de tener un criterio establecido para explicarnos la concepción de delito clasificado, su naturaleza y su alcance.

En este capítulo empezaremos definiendo la calificativa, observaremos las circunstancias comunicables, las agravantes, las atenuantes, circunstancias análogas, circunstancias mixtas, para luego estudiar las calificativas por sí solas. Observaremos cómo la calificativa del delito se emplea en el auto de término constitucional, y cómo las modalidades del delito se relacionan con las circunstancias comunicables, esto es, que si en realidad se está calificando al delito, o se está dando una nueva modalidad del delito, o si ambos conceptos son uno mismo. En vista de lo anterior pasaremos al -- examen de los citados conceptos.

III.1 DEFINICION DE CALIFICATIVA.

Para entender el concepto de "calificativa",

es necesario comprender el significado del vocablo "calificar", dado por el diccionario: "Atribuir la calidad de, calificar un acto de heroico, dar o poner una nota: calificar a un alumno, ennoblecer, ilustrar, probar uno la nobleza de su sangre en deportes, ganar pruebas eliminatorias" (60).

El diccionario de la lengua española le atribuye al verbo "calificar" varias acepciones, pero para nuestro estudio sólo nos interesa el hecho de "atribuir la calidad de" para cualquier delito, aunque dicha calidad no está perfectamente definida, ya que esta atribución de calidad se puede aplicar en pro o en contra a las personas; es por ello que nos apegaremos a una definición más ligada a lo legal -- para observar debidamente esa calidad que se le atribuye a -- los delitos.

Por "calificado", el derecho penal entiende: "Las circunstancias que agravan el delito y que originan una sanción más grave" (61).

Esa cuestión de darle calidad a cierta circunstancia, para el derecho penal calificativo, surge de ciertas circunstancias, esto es de ciertos hechos que configuran al delito, y como se dijo anteriormente, que lo tipifican.

Estas circunstancias o hechos que califican al delito o que le dan una calidad, originan una sanción más

60. García Pelayo y Gross, Ramón. Op. Cit. P. 120.

61. Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. Vol. I. P. 359.

grave, esto es, que lo agravan. De tal forma observamos que en nuestra definición sobre calificativa constituirá: todas esas circunstancias que agravan el delito y originan una sanción más rigurosa.

Por otro lado es necesario observar cómo la agravante puede funcionar o qué significa ese concepto de --- agravante del delito, por ello debemos considerar: "El hecho o circunstancia que aumenta la calidad de un delito o la pena que por él se deba imponer" (62).

Ese concepto de circunstancia que agrava un hecho, que le da calidad a un delito, cual se constituye la acepción del diccionario o bien, la calidad con que el legislador agrava una pena, cuando el delito se da por diversos -- hechos o circunstancias que lo aumentan y en determinado momento se llegan a tipificar encuadrando la conducta al tipo -- previsto por la ley, no debe confundirse con la calificativa, pues ésta es inherente al tipo mismo, esto es, la calidad que se le da al tipo que agrava la pena, mientras que la calificación del delito es la hecha por el juez antes de dictar el -- auto de término constitucional, como veremos en su capítulo -- respectivo.

Estas circunstancias llegan a ser accidentes, hechos, coyunturas; acontecimientos, eventos o requisitos, para el derecho penal las circunstancias modificativas que ----

62. Atwood, Roberto. Op. Cit. P. 19.

revisten los hechos u omisiones delictivas, tienen una extraordinaria importancia, como es el agravamiento de la pena en determinado momento o bien la disminución de la misma; en este caso estaremos frente a las atenuantes, así incluso dependiendo del accidente del caso, acontecimiento o como se haya dado el delito, podemos estar hablando de la impunidad, esto es, las excusas absolutorias previstas por nuestra legislación o en los casos de antijuricidad en la que se pueden dar también las causas de justificación que eximen de la penalidad y de la responsabilidad respectivamente; ya que como pudimos observar en los capítulos subsecuentes, las excusas absolutorias son: "Aquellas causas que dejando de subsistir el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena" (63).

Esta calificativa también constituye una circunstancia que es comunicable a una agravante, siendo que las circunstancias comunicables, como veremos en próximo inciso, también tienen sus razones de ser, como son las expuestas causas de justificación que en determinado momento también son eximientes de responsabilidad.

Estas calificativas o circunstancias agravantes empeoran la responsabilidad del inculpado por un delito, por los hechos que están expresamente previstos por la ley, ya que debemos recordar estas circunstancias agravantes como

63. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. P. 271.

debidamente legisladas, por lo que al principio de "No hay pena sin ley". también es requisito "Sine qua non", para que la calificativa de "agravante" pueda tener su propia existencia; y así observamos que el artículo 54 del Código Penal dice:

"Artículo 54: El aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en él. Son aplicables las que se fundan en -- circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas" (64).

El aumento o disminución de la pena está debidamente fundamentado en la legislación, por lo cual es legalmente aplicable a cada uno de los delitos; y éstos prevengan esas circunstancias o hechos que la ley considera agravados, por sus mismos tipos o situaciones de confección.

Podemos definir ahora a la calificativa como esa calidad del tipo agravado, que surge de circunstancias o hechos previstos por él mismo, y que por esas mismas circunstancias especiales, la penalidad del tipo original se ve aumentada.

64. Código Penal para el D.F. Op. Cit. P.24.

III.2 LAS CIRCUNSTANCIAS COMUNICABLES.

Esta concepción de circunstancias comunicables viene a redundar en lo anteriormente dicho, aunque dentro de dichas circunstancias podemos encontrar algunas otras que lejos de aumentar la pena la disminuyen e incluso la eliminan, ya sea en cuanto a la penalidad o bien la responsabilidad, como se vio anteriormente.

Estas circunstancias necesariamente nos comunican un agravamiento de la pena, o bien un atenuante; claro está que por circunstancias personales, también nos comunican el grado de coparticipación de los delitos. Esta circunstancia comunicable está contemplada desde el punto de vista de la diferenciación: si la circunstancia es atenuante o agravante de la pena, o en su defecto, si la exime.

Ahora bien, estas mismas circunstancias son de naturaleza autónoma, puesto que pueden aparecer tanto para uno como para otro delito, dependiendo de cómo haya querido proteger el bien jurídico tutelado el legislador, de tal forma se observarán las circunstancias que nos comunicarán la característica de la sanción: agravada, disminuida o eximida.

Pero, ¿De qué manera estas circunstancias comunicables, van a redundar para ese detenido o esa persona que determinado momento viola la ley penal?, o para mejor de

circlo, así encuadra su conducta al tipo penal, estas mismas deberán ser comunicadas al acusado o detenido; esta situación engloba todo su derecho de defensa y debe incluir cinco puntos que a continuación se mencionan: 1 "El derecho a ser informado de la acusación", 2 "El derecho a rendir declaración", 3 "El derecho a ofrecer sus pruebas", 4 "El derecho a ser careado", 5 "El derecho a tener defensor" (65).

El acusado tiene derecho a su defensa en el mismo momento en que el Ministerio Público emite la resolución en averiguación previa, e incluso cuando este mismo --- ejerce la acción penal, debe forzosamente encuadrar la conducta delictiva al tipo previsto por la ley; y es en este momento en donde empiezan a funcionar las circunstancias comunicables, aunque estas mismas tendrán valor solo para efectos de sentencia, aunque en algunos casos también pueden tener valor para efectos de dictar el auto de término constitucional.

Así vemos que estas circunstancias comunicables son de tomarse en cuenta en algunas instancias dentro del procedimiento, ya que las mismas, como observaremos a lo largo de este estudio, pueden tomarse en cuenta para efecto del auto de término constitucional, para efectos de la consignación o dictaminación de su respectiva sentencia.

65. Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. P. 70.

Las circunstancias que hemos estado mencionando en el transcurso del capítulo, tales que puedan agravar disminuir o eximir la pena, se pueden clasificar del modo siguiente:

- 1 Agravantes
- 2 Atenuantes
- 3 Análogas
- 4 Mixtas
- 5 Calificativas (66).

III.2.1 LAS AGRAVANTES.

Como se ha venido exponiendo, estas circunstancias agravantes, son de naturaleza propia y por sí mismas agravan la pena; su naturaleza es objetiva.

Díaz de León define la circunstancia agravante como: "Calificativa del delito que empeora por sus circunstancias la situación jurídica penal del inculpado. A diferencia de las atenuantes que se basan en situaciones subjetivas del inculpado (vejez, ceguera, motivos elevados de carácter, moral, etc.), las agravantes se fundan en situaciones objetivas como son según Carrancá y Trujillo: 'el precio, recompensa de promesa, inundación o incendio, aumento deliberado del mal que cause el delito, el carácter profesional

o público del culpable, auxiliarse de gente armada, delinquir de noche, en despoblado o en cuadrilla, atentar contra el cónyuge, contra ascendientes o contra descendientes, con publicidad o escándalos innecesarios, evasión de presos, delitos contra la salud, atentados al pudor, lesiones, aborto golpes , plagio" (67).

Aunque consideramos que al principio de la definición que nos proporciona este autor, está un poco mal empleado el término de 'calificativa', puesto que las agravantes como las calificativas son de naturaleza distinta, -- tal y como observaremos en este capítulo, similares pero en el fondo distintas, toda vez que las agravantes forman parte de los elementos del tipo y las calificativas convierten la gravedad del resultado del ilícito.

Mencionamos que la agravante forma parte del tipo, esto es en cuestiones del delito de robo, al medirse la penalidad; en el artículo 370 del Código Penal, en sus 3 fracciones, determina el monto de cada uno de los tipos de penalidad, la cual en relación con el tipo transgredido encuentra su perfección, de tal manera que en la calificativa, sólo implica un mayor grado de peligrosidad: si en determinado momento se utiliza la ventaja, la alevosía u otras circunstancias que califican la conducta, verificables en su respectivo inciso.

67. Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. Vol. I P. 169.

Pondremos como ejemplo el delito de aborto:

"El bien jurídico tutelado en general, para el delito de --- aborto, es la vida, de tal manera que está inscrito en el li bro II del Código Penal, en el Título Decimonoveno "Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal", y donde se localizan también los delitos de lesiones, homicidio, parricidio, infanticidio, abandono de personas y aborto, de aquí hay diversos lazos o circunstancias comunicables por medio de los cuales se vincula a un tipo con el otro, ya que los une el - bien jurídico general que es la vida" (68).

Todos estos delitos contra la vida y la inte gridad corporal, distinguidos por el mismo bien jurídico tutelado que es la vida, tienen agravantes y aun podrían existir circunstancias calificativas, de tal forma que si observamos el artículo 330 del Código Penal en el que se señala - la punibilidad para el aborto simple, en relación al sujeto activo del delito, éste se ve agravado en la segunda parte - del mismo párrafo del citado artículo, esto es, cuando falte ese elemento del consentimiento, la pena de prisión se verá aumentada; esto es un ejemplo clásico de agravamiento, pero como una búsqueda de elementos del tipo; el elemento agravan te radicaría en el consentimiento o no consentimiento de la abortante. Ahora bien, qué pasaría en el momento que falta - el consentimiento de la abortante y existiera violencia, pre

68. Carrancá y Rivas, Raúl. "Raíz jurídica del aborto", en - "El aborto". México, UNAM, 1980. P. 25.

meditación y planeación antes de ejecutar el ilícito, entonces el mismo tipo del artículo 330 del Código Penal nos señala como otro de sus elementos, la violación física o moral, - esto es, que se aumenta la pena hasta 6 a 8 años de prisión; pero en el caso que se demuestre esa premeditación, alevosía y ventaja con que pudiera provocarse el aborto a una mujer, nos encontraríamos ya no con un delito agravado, sino frente a un delito calificado.

Consideramos que debemos establecer la diferencia entre las agravantes y las calificativas, ya que se prestan a grandes confusiones entre sí. Ahora bien, estas agravantes van a funcionar en la prosecución del delito, hasta lograr una penalidad que está revestida de la fundamentación propia del juzgador y sin la cual no existiría el delito; de tal forma que varios tratadistas opinan lo siguiente:

"Por mucha eficacia que se otorgue a las atenuantes y agravantes, ya sea funcionando dentro de un mínimo o máximo de penalidad, o bien, logrando disminuir el mínimo o aumentar el máximo fijado por la ley, no podría dar nunca el cumplimiento del arbitrio judicial dentro de los mínimos y máximos señalados en aquélla, en virtud de que, en el último caso, el juez se puede mover con mucha mayor amplitud y libertad, al tomar en consideración todas aquellas circunstancias existentes objetivas, subjetivas o ambas, o de cualquier naturaleza para imponer una adecuada penalidad.

Este clima ha sido favorable en México y ha sido encomiado no sólo por los particulares estudiosos de la materia, sino por los tribunales mexicanos en múltiples resoluciones" (69).

En la exposición transcrita observamos como ese arbitrio judicial está limitado por la misma legislación en tanto que las agravantes como las atenuantes así como -- las circunstancias análogas, mixtas y calificativas, deben -- forzosamente estar dentro de un cuadro fundamentativo legal, que no sólo les pueda dar vida, sino también funcionalidad -- para poder ser aplicables en cuanto a la pena.

III.2.2 ATENUANTES.

La atenuante consiste en esa circunstancia -- que amortiza el delito, por decirlo así, las circunstancias atenuantes son: "Las que benefician al reo respecto de su -- responsabilidad penal. Son los hechos que autorizan y aun -- obligan al juez a pronunciar una pena inferior a la establecida como sanción normal de la infracción" (70).

Las atenuantes producen el efecto de dismi-- nuir la penalidad, como es el caso del artículo 366, en que se refiere al caso de plagio, asignándosele una penalidad de seis a cuarenta años; dicho artículo, en su último párrafo,

69. "Revista de Derecho Penal Contemporáneo". México, UNAM, 1969. Seminario de Derecho Penal de la Fac. de Derecho de la UNAM, N° 2. P. 36.

70. Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. Vol. I. P. 405.

contempla la atenuante de la pena si procede la circunstancia, esto es, que el sujeto activo espontáneamente ponga en libertad a la persona antes de tres días y sin causarle ningún perjuicio y así será una privación ilegal de la libertad observando aun en el caso de que la conducta se encuadre en el delito de plagio, coexiste la tipicidad sobre el delito; aun a pesar de ello, la misma legislación concede la circunstancia de poder atenuar la pena, en beneficio del sujeto activo, toda vez que éste se aparte de delinquir y en función de que el bien jurídico tutelado por la norma pueda seguir gozando de su existencia.

Dicho de otra manera, la ley entiende que es mejor prevenir los delitos que sancionarlos, es por ello que atenúan diversas circunstancias como son: "El estado de vejez, la ceguera, la imposibilidad de oír y hablar,, los casos de motivos elevados de carácter moral, el hecho de no prever la gravedad del hecho inculcado, obrar con vindicación próxima de ofensa grave para el delincuente o los suyos o por estímulos tan poderosos que produzcan arrebatos u obcecación; el arrepentimiento espontáneo es una de las formas más típicas de la atenuación" (71).

A pesar de que el tipo se da para la composición de la penalidad y bajo ciertas condiciones, es posible que la misma pena pueda ser atenuada, esto es, "la pena es -

71. Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas. Op. Cit. P. 160.

la reacción social jurídicamente organizada contra el deli--
to" (72), de tal manera que esa reacción o pena impuesta al
delincuente, puede ser atenuada dadas las circunstancias na--
turales de la misma pena, considerada ésta como: "El sufri--
miento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia,
al culpable de una infracción penal" (73).

Ese sufrimiento impuesto por el Estado tiene
ciertos límites, en virtud de que el delincuente no se vea -
castigado en exceso con respecto de su conducta delictiva, -
máxime si existe el arrepentimiento de su parte; lo anterior
se traduce en la sanción del delito pero en una relación jus
ta entre el sujeto activo y la norma penal, claro está, lo--
gando la máxima integración de la reparación del daño que -
se le infirió al orendido.

Dice el artículo 55 del Código Penal: "Cuan--
do el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su per--
sona, que hicieran notoriamente innecesaria e irracional la
imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad,
el juez podrá prescindir de ella" (74).

Las consecuencias de esta conducta delictiva
que redunden en daño grave para el sujeto activo, darán la -
pauta al juez para que a su criterio excuse al inculpado y -
por este tipo de atenuación de penas llegar a la excusa abs
olutoria.

72. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. P. 305.

73. Cuello Calón, E. "Derecho Penal". México, Ed. Nacional,-
1970. P. 579.

74. Código Penal para el D.F. Op. Cit. P. 24.

III.2.3 CIRCUNSTANCIAS ANALOGAS.

"Las circunstancias análogas participan de la naturaleza de las atenuantes según la arbitral jurisdiccional, siempre reconocida por la ley" (75).

La legislación penal de 1871, misma que fue expedida con jurisdicción en el Distrito Federal y Territorios de Baja California y para toda la nación en delitos federales, constituía "la manifestación lógica y bien coordinada del Estado, de los conocimientos científicos de la época acerca de la función punitiva" (76).

De tal forma esta lógica y buena coordinación de conocimientos imponían en su artículo 43 del citado código la naturaleza de las circunstancias análogas, que constitufan una semejanza entre las situaciones, es decir, existía una relación de semejanza entre los casos que se presentaban y que la ley obligaba a observarlos.

Dichas circunstancias análogas están expresamente protegidas por nuestra legislación, así que esa aplicación a una situación de hecho no prevista en un ordenamiento jurídico, de los principios y normas de carácter general del dicho ordenamiento o de las normas particulares que ellos mismos especifican para una situación o hecho semejante a la no prevista, puede suscitarse.

75. Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas. Op. Cit. P. 160.
76. Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". México, Porrúa, 1974. P. 48.

En materia penal, esa disposición está prohibida totalmente, aunque estas circunstancias análogas tuvieran existencia, para efectos de la comprobación del cuerpo - del delito hacerlas semejantes a las diversas circunstancias atenuantes, que pudieran haber sido ya cosa juzgada.

El mismo artículo 14 constitucional en su pe último párrafo dice a la letra: "En los juicios de orden -- criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata"(77).

Como podemos observar esta circunstancia que da prohibida para la imposición de las penas, por lo que las circunstancias análogas, aunque pudieran tener su existencia para efectos de la actualidad, están totalmente prohibidas.

III.2.4 CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.

Las circunstancias mixtas, como el mismo nom bre lo indica, generan una mezcla en la que se pueden dar circunstancias que no solamente pueden ser atenuantes, sino tam bién llegan a ser agravantes; como por ejemplo el parentesco que en ocasiones llega a tener una actuación como agravante y otras veces llega a atenuar el peso de la ley, tomemos como ejemplo el artículo 266 bis en el que se agrava la pena - por los delitos de violación en los casos en que se comete -

77. RABASA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria. Mexicano: Esta es tu Constitución. Cámara de Diputados. México, 1982. P. 45.

de ascendiente contra descendiente o éste por aquél, en estos casos esta circunstancia funciona como una circunstancia que agrava el delito, mientras que ésta llegaba a ser anteriormente una atenuante del delito, en los casos de robo, fraude, abuso de confianza, extorsión, daño en propiedad ajena entre parientes; esta situación actualmente ya no es la misma, si bien antes se atenuaba la pena en cuestión de parentesco y con el fin de que se permaneciera con los vínculos familiares, esto es, que operaba básicamente causas suficientes que tiene la legislación para poder defender un vínculo familiar, dejando a un lado la penalidad, criterio que actualmente ya no se sigue, toda vez que por la derogación de los artículos 377 y 378, así como la modificación de los artículos 385 y 390, estos han dejado de ser atenuantes del delito" (78).

Actualmente el artículo 399 bis, para los delitos cometidos y contemplados en el título de "Delitos patrimoniales" sólo da acceso a que se persigan a petición de la parte ofendida, es decir, los delitos que sean cometidos por ascendiente y descendiente de consanguinidad, serán perseguidos a petición de parte, esto es, se puede perdonar.

Se da mayor protección al vínculo familiar, al poder perdonarse este tipo de delitos cometidos entre personas relacionadas por vínculos familiares entre sí.

78. Cfr. Osorio y Nieto, César Augusto. Op. Cit. P. 73.

III.2.5 LAS CALIFICATIVAS.

Otra de las circunstancias comunicables que agravan el delito es sin duda la calificativa. Las circunstancias calificativas en la práctica son muy usuales y las que inciden en delitos con mayor frecuencia, es por ello que se precisa la definición de calificativa para establecer la relación a nuestro estudio de robo calificado y en base a -- ello emitir la afirmación de "robo calificado" , o si necesariamente se nombre como modalidad del robo agravado, pues como veremos en este inciso, las calificativas son unas y las modalidades del delito de robo son otras. En vista de lo anterior definiremos lo que se entiende por calificativa: "La agravante del delito que empeora por sus circunstancias la situación jurídico penal del inculpado" (79).

En base a esta definición debemos considerar que las calificativas siempre van a ser agravantes del delito y empeoran la situación jurídico penal del inculpado, de tal forma que para cada tipo de delito, nos encontramos diversas causas calificadas del mismo, pero siempre se consideran: "Circunstancias calificativas que producen el efecto de convertir a mayor gravedad el resultado" (80).

79. Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. Vol. I. P. 169.

80. Código Penal Anotado. Op. Cit. P.160.

En este orden de ideas debemos considerar a las calificativas como las circunstancias que siempre van a agravar el resultado de la acción típica, pues en derecho -- penal es preciso que exista una legislación anterior al caso y que sea exactamente aplicable, tal y como lo mencionan las garantías de legalidad previstas por el artículo 14 constitucional en su penúltimo párrafo al decir: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (81). Así tenemos que este principio emergido a través de las diversas luchas revolucionarias, ya tuvo antecedente en la reglamentación del Santo Oficio en cuanto a la administración de la justicia penal, y cuyo principio se identifica -- con el lema "No puede existir pena sin ley", es por ello que decimos que estas calificativas necesariamente deberán estar impresas en la ley, de lo contrario estas mismas no pueden existir; así tenemos que el artículo 315 del Código Penal señala algunas circunstancias calificativas al decir: "Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometan con premeditación, con ventaja, con alevosía o n traición" (82).

Dicho artículo hace referencia únicamente a los delitos de lesiones y homicidios, considerados como cali

81. Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Edic. Cit. P. 37.

82. Cfr. Código Penal para el D.F. Op. Cit. P. 110.

ficados cuando se cometen con premeditación, con ventaja, -- con alevosía o con traición, de esta manera las cuatro circunstancias mencionadas que en determinado momento pudiesen encajar en cualquier otro delito, ya solamente están previstas, como dice el Código Penal, para los casos de lesiones y homicidio, de tal manera que basta una sola circunstancia calificativa para que se hable de homicidio calificado.

Ahora bien, existe un elemento que identifica estas cuatro calificativas del delito de lesiones y homicidio y que son las más comúnmente conocidas por toda la gente; cuando se habla de un delito calificado, la gente entiende que existió la premeditación, la alevosía y la ventaja; -- situaciones consideradas para cada uno de estos elementos calificados pueden ser los factores psicológicos que fungen como común denominador de la reflexión que se suscita en el sujeto activo de los diversos delitos que se cometen a diario, así la persona que va a allanar una morada, en determinado momento reflexiona antes sobre el entrar o no entrar, configurándose así la premeditación, cosa que técnicamente no puede ser posible, en primer lugar, por el principio de legalidad establecido por el citado artículo 14 constitucional, y en segundo lugar, porque el mismo tipo de allanamiento de morada no encuadra tal conducta, para agravar la pena respecto del sujeto activo, de tal manera que la reflexión es común -- para la mayoría de los delitos; a pesar de lo mismo, la pre-

meditación, la alevosía, la ventaja y la traición, no consti-
tuyen calificativa para otros delitos sino para las lesiones
y el homicidio solamente constituirán circunstancias califi-
cativas. Y en apoyo a este criterio citamos la siguiente ju-
risprudencia:

"Las calificativas de premeditación, alevo-
sía, ventaja y traición se fundan en un ele-
mento psicológico común: la reflexión que es
característica de la premeditación. La re-
flexión como acto psíquico puede obedecer a
objetivos diversos que constituyen la alevo-
sía, la ventaja y la traición, las que se ma
nifiestan exteriormente através de circuns-
tancias objetivas que la ley tipifica. La re
flexión es el proceso psicológico normal por
el que la inteligencia juzga de los senti-
mientos inmóviles que impulsan a delinquir y
de los fines que la gente se propone alcan-
zar, de tal suerte que la premeditación no -
es circunstancia calificativa en todos los -
delitos sino únicamente en los delitos de --
sangre, los que ordinariamente corresponden
a estados de turbación psicológica que no --
excluyen la reflexión" (83).

De lo anteriormente expuesto es necesario -- precisar que las calificativas en cada uno de los delitos de berán estar previstas en su propia legislación, ya que como se dijo, el artículo 14 constitucional así lo exige, conside rado ese artículo como una garantía individual plena para el inculpatado, de tal manera observamos que el artículo 185 -- del Código Penal mismo que a la letra dice: "Cuando el deli to se cometa por varias personas, de común acuerdo, la san ción será de tres meses a un año de prisión, si sólo se hi ciere una simple oposición material sin violencia a las per sonas. Habiendo violencia podrá extenderse la pena hasta dos años de prisión" (84).

Este artículo al hablar del tipo específico de la oposición de que se ejecute alguna obra o trabajos pú blicos, este mismo encuadra una calificativa para sí, esto - es, que mediante otro tipo agrava la pena, a diferencia de - las agravantes que constituyen una generalidad y que pueden ser aplicadas a los diversos delitos, de tal forma que esta calificativa del delito, agrava la pena cuando es ejecutada por varias personas y más aún cuando se ejerce la violencia.

Por otro lado es interesante ver como en un solo tipo puede estar encuadrada su propia calificativa, de tal manera el artículo 209 del Código Penal establece una -- calificativa para las personas que provocan un delito o vi cio o apología de los mismos.

84. Código Penal para el D.F. Op. Cit. P. 61.

Cuando el delito ha sido provocado se ejecuta la sanción que le corresponderá por el grado de participación en el delito cometido, encontrando aquí una calificativa que nos conecta directamente con los grados de responsabilidad aplicados por el artículo 13 del Código Penal, ya -- que en determinado momento, las personas que provoquen a delinquir podrían llegar a ser las que acuerden o preparen su realización o bien, participen conjuntamente en el acto delictivo; y ese mismo delito llegará a ser un delito autónomo en el cual podrá establecerse el grado de participación del provocador.

Por lo que se refiere al delito motivo del presente estudio, nos reservaremos sus diversas calificativas, para tratarlas en su momento oportuno.

A diferencia de las agravantes, las calificativas están ya dentro del tipo, y éste no puede salirse de su encuadramiento, mientras que las agravantes en cualquier delito cuando se comete en pandilla, situación señalada en el artículo 164 y 164 bis del Código Penal que previene las circunstancias de las asociaciones delictuosas como delito autónomo, mismo que agrava la pena, siguen las reglas de la acumulación; una situación distinta sucede en las calificativas, que son parte del tipo agravado, quiero decir, que no son un tipo autónomo, sino que están dentro de la clasificación del tipo, agravando la pena, y de ahí la confusión.

Las circunstancias calificativas, que son mo
dificativas de la sanción penal en sentido agravante, no de-
ben confundirse con los elementos constitutivos del tipo de-
lictuoso, ya que éstos son elementos que integran el tipo, -
sin los cuales no podría existir la calificativa, ya que las
calificativas son accidentales generalmente y cuando la pro-
pia ley las convierte en constitutivas cambia su naturaleza,
de tal manera que cuando a cada tipo le corresponde un agra-
vamiento de la pena estaremos enfrente de la calificativa --
del delito, y cuando al mismo tipo se le agrave la pena por
conexión con otra pena u otro delito autónomo, estaremos ---
enfrente de una agravante en estricto sentido técnico.

III.3 LA CALIFICACION DEL DELITO EN EL AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL.

También hay que diferenciar las calificati--
vas como circunstancias comunicables con la clasificación --
del delito, esto es para que no exista confusión, así como -
el tratamiento que se le pueda dar a las calificativas den--
tro del auto de término constitucional, de tal forma que es
necesaria la existencia del citado auto de término constitu-
cional en el que se fijan las circunstancias especiales del
detenido, una vez pasada la fase de averiguación previa y --
durante ésta se arrojen datos que acrediten un cuerpo del

delito y hagan presumir la responsabilidad de alguna persona seguida de su detención; pues bien, su detención no podrá -- durar más de tres días sin que se justifique con el auto de término constitucional, cuya interpretación diferimos respecto de la aplicación, ya que en la Constitución se habla de la detención en el artículo 19, pero no de aprehensión, como se le dice en la práctica, esto es, que el término de las 72 horas o los tres días fijados por el artículo 19 constitucional, empieza a correr desde el momento en que el detenido se pone a disposición del juez instructor.

En el citado artículo 19 constitucional se habla de justificar la detención con auto de término constitucional (85). Así tenemos que surge la necesidad de que --- exista este auto de término constitucional una vez integrada la averiguación previa y una vez consignado el sujeto; cuando el sujeto es detenido surge la necesidad de tomarle una declaración preparatoria prevista por el artículo 287 del -- Código de Procedimientos Penales para el D.F., en el que se menciona la urgencia de tomar declaración preparatoria en un término de 48 horas, para poder resolver dentro del término constitucional con una mala interpretación respecto del artículo 19 constitucional durante el término de los tres días, momento en el que se debe calificar el delito, toda vez que

el agente del Ministerio Público al ejercitar sus facultades concedidas por el artículo 21 constitucional, sólo le incumbe perseguir el delito, pero no imponer las sanciones, por lo que en sus consignaciones podría llegar a señalar solamente hechos considerados como delictuosos, de tal manera que el poder judicial tiene la obligación de calificar los hechos presumiblemente delictuosos, y encuadrar la conducta al tipo, definiendo la situación legal del detenido, notificándole su situación y dándole oportunidad para preparar su defensa. Sobre estas ideas consideramos oportuno citar la siguiente jurisprudencia:

"El Ministerio Público, para cumplir su cometido constitucional, al acudir a los tribunales en su fase persecutoria, debe consignar hechos que estima punibles, pudiendo, como es práctica usual, citar nombres y establecer delitos, y corresponde al órgano jurisdiccional el dictar la resolución dentro del término constitucional, clasificar el evento dentro del tipo legal correspondiente y determinar desde luego a quien o a quienes se imputa la comisión delictuosa, el tipo legal y presunto responsable que serán materia del proceso. Y si por omisión verdaderamente mecánica, el fiscal, en vez de acusar por el delito de lesiones al quejoso, lo hi-

zo a su hermano, no obstante que el lesionado señalaba a aquél y no a éste, tal error no tiene la relevancia que el demandante --- quiere darle, puesto que existiendo denuncia de hechos que el fiscal estimó como punibles inclusive bien pudo hasta no determinar nombres de personas en su consignación y ejercer acción penal en contra de quienes resultaron responsables, como también es usual en la práctica judicial, sin que ello en forma alguna pueda significar una inexistencia del ejercicio de la acción penal. Existió ésta, si confesó el quejoso el delito por él cometido, fue dictada la formal prisión en su -- contra por el delito de lesiones y el fiscal formula acusación en su contra y por tal tipo, por lo que debe concluirse que son infundados los conceptos de violación que al respecto se hacen valer. Sexta época, 2ª parte; volumen XL, pág. 10. Amparo directo 480/60. Pedro Torres Botello. Unanimidad 4 votos"(86).

Otra jurisprudencia que apoya esta aseveración respecto de la clasificación del delito es la siguiente:

"Auto de formal prisión, Amparo contra el --
 _____ (clasificación del delito); No corresponde -

al juez del amparo al resolver, el que se interponga contra el auto de formal prisión, al hacer la clasificación de los delitos" (87).

Así tenemos que con la fundamentación misma - del artículo 21 constitucional, corresponderá necesariamente al juez instructor el clasificar el delito de que se trate, - siendo que el Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, no necesariamente debe estar muy preciso para su consignación, sino basta que consume hechos para que el juez estipule los derechos.

Ahora bien, una vez clasificado el delito por el juez instructor, éste se basa en pruebas aunque no se exige que las mismas sean completamente claras para esta etapa del procedimiento, se requiere únicamente que establezcan la culpabilidad del reo, que únicamente los datos arrojados por la averiguación previa sean bastantes para comprobar el --- cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del -- acusado.

En este momento el juez no podría prejuzgar - respecto de las modalidades del delito, esto es, respecto de las claificativas del mismo, aunque para efectos de otorgar la libertad provisional de los individuos en las nuevas re-- formas constitucionales, ya se debe contar no sólo el tipo del delito, sino también sus propias modalidades, de tal ma-

nera que para efectos de otorgar o no la libertad provisio--
nal, sí se deben tomar en cuenta las calificativas, o las mo--
dalidades del delito, así como las agravantes, conforme a --
las reglas de la acumulación para efectos de la libertad --
provisional, y así, debemos considerar como modalidad del de--
lito las calificativas del mismo, cuando éstas estén ligadas
a un tipo especial calificado, de tal modo que se dice en el
artículo 20 constitucional, fracción I: "Tomando en cuenta -
las circunstancias personales y la gravedad del delito que -
se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus moda-
lidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio
aritmético no sea mayor de cinco años de prisión"; la inter-
pretación precisa para esta reforma consideramos debe ser la
que en caso de robo en lugar cerrado o en habitación, impon-
ga directamente las sanciones del robo calificado, y no las
de robo simple más las de robo calificado, situación que nos
parece totalmente fuera de la interpretación legal.

Aunque en el auto de término constitucional,--
el juez no puede tomar en cuenta las calificativas agravan--
tes o las circunstancias comunicables, para efectos de la li-
bertad provisional, éstas sí deben tomarse en cuenta, debido
a la modificación de la ley que responde principalmente a la
peligrosidad de los delincuentes y su sustracción del proce-
dimiento penal.

III.4 LAS MODALIDADES DEL DELITO EN RELACION A LAS CIRCUNSTANCIAS COMUNICABLES.

Como sostuvimos en el inciso anterior, las modalidades del delito o las formas como el delito, se deben dar, se identifican con las calificativas, ya que como quedó establecido tanto las agravantes, que son circunstancias autónomas al tipo y agravan por supuesto la pena pero no son parte del tipo, pues son tipos autónomos al tipo principal, como las atenuantes, las análogas y las mixtas, también llegan a formar diversas situaciones autónomas al tipo en sí, no sucede así para el caso de las calificativas del delito, las cuales forman parte integrante del tipo derivado, esto es, de la modalidad del delito, de tal forma que para los delitos de homicidio y lesiones, existirán el homicidio y las lesiones calificados, cuando se den las circunstancias específicas ya citadas anteriormente, y para el caso de que suceda el robo calificado, deberán darse las circunstancias del artículo 381 del Código Penal, que estudiaremos más adelante de tal forma que las modalidades del delito se relacionan -- directamente con una de las circunstancias comunicables como las calificativas, de las cuales podemos decir que forman -- parte de las modalidades del mismo.

CAPITULO CUARTO

EL ROBO CALIFICADO.SU ESTRUCTURA Y EXISTENCIAS.

IV.1.-ENCUADRAMIENTO DE LA CONDUCTA AL TIPO.

IV.2.-EL ROBO CALIFICADO Y SUS MODOS DE EXISTENCIA.

IV.2.1.-EL ROBO CALIFICADO POR CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR

IV.2.2.-EL ROBO CALIFICADO POR CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.

IV.3.-MOMENTO PROCESAL EN QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS
CALIFICATIVAS.

IV.4.-EL ROBO CALIFICADO Y SU RELACION CON LA LIBERTAD
PROVISIONAL.

IV.5.-JURISPRUDENCIA AL RESPECTO.

CAPITULO IV

EL ROBO CALIFICADO.

SU ESTRUCTURA Y EXISTENCIAS.

En este capítulo es necesario digerir y aplicar todo lo que hemos venido exponiendo en este trabajo, de tal forma que encuadraremos forzosamente la conducta al tipo, y observaremos su modo de existencia y analizaremos las diversas circunstancias de lugar, tiempo y personas para el efecto del encuadramiento del tipo, así como el momento de ser tomadas las calificativas, los conceptos de prejuzgamiento estipulados en el auto de término constitucional y su relación con la libertad provisional y la jurisprudencia al -- respecto de nuestro delito de tal forma que pasaremos a tratar del encuadramiento de la conducta al tipo.

IV.1 ENCUADRAMIENTO DE LA CONDUCTA AL TIPO.

Como ha quedado precisado en capítulos anteriores, este encuadramiento de la conducta al tipo es considerado como la tipicidad, de tal forma que para la tipicidad del robo calificado es necesario observar el artículo 381 de nuestro Código Penal, mismo que previene diversas conductas que deberán ser consideradas, tales como el robo calificado,

debido a sus propias circunstancias de ejecución, así como - el artículo 381 bis que menciona tipos y penalidad del robo calificado y el abigeato, de tal suerte y por la gran importancia de estos artículos pasaremos a su transcripción en -- forma íntegra.

Artículo 381..!Además de la pena que le co--- rresponda conforme a los artículos 370 y 371,- se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión en los casos siguientes:

I. Cuando se cometa el delito en un lugar --- cerrado.

II. Cuando lo cometa un dependiente o un do-- méstico contra su patrón o alguno de la fami- lia de éste, en cualquier parte que lo cometa. Por doméstico se entiende: el individuo que - por un salario, por la sola comida o por otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, - sirve a otro, aún cuando no viva en la casa - de éste.

III. Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen. los cometa en la casa donde reciben hospitali- dad, obsequio o agasajo;

IV. Cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero, contra sus de- pendientes o domésticos o cualquier otra per- sona.

V. Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que presten sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes; y

VI. Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina o bodega u otros lugares a los que tengan libre entrada por el carácter indicado.

VII. Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público.

VIII. Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público;

IX. Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos; y

X. Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otro en que se conserven caudales, contra personas o donde se transporten aquéllas.

XI. Cuando se trate de partes de vehículos estacionados en la vía pública o en otro lugar destinado a su guarda o reparación.

XII. Cuando se realicen sobre embarcaciones o cosas que se encuentren en ellas;

XIII. Cuando se comete sobre equipajes o valores de viajeros en cualquier lugar durante el transcurso del viaje.

XIV. Cuando se trate de expedientes o documentos de protocolo, oficina o archivos públicos de documentos que contengan obligación, liberación o transmisión de deberes que obren en expediente judicial, con afectación de alguna función pública, si el delito lo comete el -- servidor público de la oficina en que se encuentre el expediente o documento, se le impondrá además, destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, de seis meses a tres años; y

XV. Cuando el agente se valga de identificaciones falsas o supuestas órdenes de alguna autoridad".

Artículo 381 bis: "Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres --- días a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que es tén habitados o destinados para habitación, -

comprendiéndose en esta denominación no sólo los que estén fijos en la tierra, sino también los movibles, sea cual fuere la materia de que estén construidos.

En los mismos términos se sancionará al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo" (88).

Ahora bien es necesario encuadrar cada una de las conductas al tipo de tal manera que en primer lugar debemos de observar la penalidad prevista por el artículo 381 el cual dice que se pueden sumar las penas de los artículos -- 370 y 371 más las del artículo 381, esto es, para la determinación de la cuantía del robo en relación a la penalidad que se deba de imponer.

Se debe considerar por lugar cerrado, aquél que se puede determinar por el grado de independencia o de--

pendencia respecto del acceso al público o las personas, de tal manera que se requiere que no tenga comunicación con un edificio ni esté dentro del recinto de éste, cuando menos - esté rodeado de paredes o semejantes que lo hagan establecer como un lugar cerrado, para explicar el lugar cerrado vamos a utilizar las siguientes jurisprudencias:

"Si la ley penal respectiva no define lo que es lugar cerrado debe recurrir al significado gramatical del vocablo o a los precedentes legislativos que definen esa agravante, y la Corte ha estimado que sólo debe entenderse -- por lugar cerrado el que no tenga comunica---ción con un edificio ni esté dentro del recinto de éste y al que para impedir la entrada - se le haya rodeado de enrejados, fosos o cercas, aún cuando sean de piedra suelta, plan--tas espinosas, ramas secas o cualquier otra - materia (Jurisprudencia Definida S.C. Tesis - 1958)" (89).

"Para considerar que el delito de robo se ha cometido en lugar cerrado es preciso determinar claramente si dicho lugar es dependiente o independiente de la habitación, no bastando estimar que dicho lugar con la simple carac--terística de cerrado sólo porque se encuentre

circundado por una cerca de alambre" (90).
 De las jurisprudencias citadas consideramos -
 que no hay una definición correcta de lugar -
 cerrado, esto es que para ponerse de acuerdo
 respecto de lugar cerrado, mientras una juris-
 prudencia dice que bastará con que se le pon-
 gan ramas, piedras o señalando que es un lu-
 gar cerrado, la siguiente jurisprudencia dice
 que eso no basta, sino que se requiere más --
 que nada la determinación de la dependencia -
 de lugar hacia otro lugar, razón por la cual
 vamos a hacer la transcripción de la siguien-
 te jurisprudencia:

"Lugar cerrado es todo aquél al que no se pue-
 de ver para adentro y todo aquél al que no se
 puede entrar sino abriendo las puertas o comu-
 nicaciones, ya sea con llaves o por otros me-
 dios o bien por escalamiento; es todo aquél -
 cuyas puertas o conductos que dan acceso a él
 están cerrados" (A.J. t. XI.) (91).

Consideramos que la mejor definición podría -
 ser la estipulada en la última jurisprudencia, aunque excede
 a la misma al decir que lugar cerrado es todo aquél que no -

90. Loc. Cit. P. 276.

91. Loc. Cit. P. 583.

se pueda ver para adentro, ya que por lo regular todos los lugares cerrados tienen ventanas, de tal modo que debemos entender por lugar cerrado todo aquél cuyas puertas o conductos con acceso a él, no son de acceso público.

Aquí tenemos la definición pequeña pero compleja de lo que debemos considerar por lugar cerrado, pues un paraje bardeado por piedras y es fácilmente transitable para todas las personas, no debe considerarse como lugar cerrado, ya que la esencia de esta calificativa del robo, consiste en esa sorpresa que se le dé a la persona que habita en ese lugar considerado como cerrado, de tal forma que una persona que pueda vivir en un paraje rodeado por piedras podría ver a las personas que circundan su área, aunque forzosamente deberá tener sus paredes, sus ventanas y sus puertas que dieran acceso al lugar, de tal modo que sólo se tuviera acceso a él a través de la puerta; en vista de lo anterior, consideramos que la definición propuesta por nosotros al último de éstas, debe ser la más cercana a lo que debe entenderse por lugar cerrado.

Por lo que se refiere a la segunda fracción, ésta define incluso al doméstico, para no dejar lugar a dudas, o dependiente o familiar de éste, quiere decir que no solamente aquella persona que por un salario u otro estipendio o emolumentos sirva a otro, como también la familia de este servidor debe estar contemplada en las posibilidades de cometer este tipo de robo calificado; en este tipo de robo -

interviene otro concepto que sería la confianza depositada - por un patrón en sus servidores, trabajadores o familiares; por lo anterior se presupone el acceso fácil a lugares cerrados, íntimos y de uso exclusivamente personal para labores - tales como la limpieza y ordenamiento de los mencionados lugares, en virtud de lo cual no se emplearía a cualquier persona advenediza que solicitando tal empleo ingrese de modo - inmediato a los citados aposentos; es por ello que esta fracción encierra más que nada una confianza o protege el bien - jurídico tutelado por dicha fracción, pero implica principalmente la confianza que un patrón deposita en sus servidores directos y personales, siendo que a su vez éstos se encuentran obligados por cierto respeto y lealtad hacia su patrón.

La situación anteriormente citada facilita -- las ocasiones de delinquir y mayormente al tener cerca de sí toda una cantidad y variedad de bienes quizá fáciles de llevar. La legislación, tomando en cuenta las posibilidades mencionadas anteriormente, califica dicha conducta agravándola, en la fracción que se cita.

Por lo que se refiere a los elementos del tipo previsto por el artículo 381 fracción III, debe entenderse - por huésped o comensal a aquella persona que recibe de manera gratuita u onerosa, alojamiento en casa ajena, no se refiere la ley al huésped que paga por su estancia en algún lugar, como sucede en el hotel, en la posada o en la casa de - huéspedes, de tal forma que dicha fracción III protege un --

bien jurídico primordial, como es la confianza que debe tener el anfitrión en las personas que invita a su casa, a las cuales les ofrece no sólo hospedaje, sino obsequio y agasajo, esto es, que los beneficiados con estas actitudes deben de responder con respeto al ofrecimiento que se les hace, de manera tal que la ley lo entiende así, agravando el robo que se da en estas circunstancias.

Por lo que se refiere a la fracción IV del artículo 381, responde a un fundamento, que califica la conducta de un agente activo, que realiza una conducta delictiva - en su propia casa, de tal forma que éste viola la confianza que el agente pasivo deposita en el agente activo, por el sólo hecho de encontrarse al amparo de su casa, de tal forma - que una persona que abre las puertas de su casa a otra establece una relación de intimidad con sus dependientes y esta relación es de interés social y se encuentra protegida por - la misma sociedad que la practica y le da cabida.

Por lo que se refiere a la fracción V del mismo artículo comentado, no es más que el robo en un hotel, mesón o casa de huéspedes, de tal manera que se viola la confianza depositada en el agente activo, el cual presta sus - servicios públicos en los lugares mencionados, agravando así la penalidad fijada para este caso, ya que es deber del dueño tanto como de sus empleados, el respeto a los bienes del cliente, de modo que al hospedarse en el hotel y al efectuarse el aseo de la habitación, estos dependientes tendrán un -

fácil acceso al patrimonio de los clientes, siendo que la le gislación en vista de esta circunstancia, agrava la penali-- dad protegiendo ese bien jurídico que es el patrimonio de -- las personas, objeto de la industria hotelera.

El robo de dependiente, previsto por la frac-- ción VI, protege necesariamente esta confianza que debe depo-- sitarse en los obreros que trabajan para un patrón, artesa-- nos o aprendices o discípulos, que en determinado momento es-- tán aprendiendo en el taller del patrón, de tal forma que pu-- diese confundirse con el delito de abuso de confianza, nada más que en aquél, existe la disposición de la posesión, es-- to es que yo, sujeto pasivo del delito, necesariamente le -- tendría que transmitir la posesión de un objeto a una persona, para que ésta dispusiese del objeto; entonces nos encontra-- ríamos ante el abuso de confianza, de tal manera que en este tipo de robo, no tiene la disposición de los materiales, tal vez como dice la misma fracción, tendrán "libre entrada", en razón del carácter de obreros, artesanos, aprendices o disci-- pulos, de modo que no tienen derecho ni siquiera a tener la posesión, por lo que no podrán mucho menos disponer de ellos y sirven para apoyar este criterio las siguientes citas de:

"Jurisprudencia: la circunstancia de que el - imputado falte a la confianza que en él se ha-- ya depositado como trabajador de la empresa no significa necesariamente la comisión del deli-- to de abuso de confianza, aún cuando el acusa-- do tenga acceso a las mercancías en su cali--

dad de velador, de bodeguero y cobrador, surge del apoderamiento característico del robo y por lo tanto punible, cuando aprovechando bienes que están a su alcance o en razón de su carácter de trabajador les toma y los lleva a vender en particular, precisamente por ello se ha creado la figura delictiva del robo de dependientes" (92).

Ahora bien, por lo que se refiere a las fracciones VII a X, así como el artículo 381 bis, surgen a la vida el 13 de enero de 1984, fecha en que fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación (93). Por ello podemos decir que son de nueva creación, ya que han tenido alrededor de siete años de vida y considerarse nuevos.

Uno de los compromisos de la sociedad para -- con ella misma, es brindarle la seguridad jurídica a la que nos referimos al principio de este trabajo, de tal forma que "Por seguridad jurídica se ha entendido también el conocimiento que tienen las personas respecto de aquéllo que pueden hacer o exigir, o a lo que están obligadas a evitar o no impedir, esto es, el conocimiento que tienen las libertades, derechos u obligaciones que les garantiza o impone el derecho positivo" (94).

92. Ibidem. P. 707.

93. "Código Penal para el D.F." México, Librerías Teocalli, 1984. P. 102.

94. Preciado Hernández, Rafael. Op. Cit. P. 234.

La fracción VII del artículo que se comenta, -- evidentemente está respondiendo a esta seguridad jurídica -- que tienen las personas que al subirse a un transporte público o particular, seguirán teniendo sus libertades, derechos y obligaciones, y esperarán ser respetados por las diversas personas que viajen al mismo tiempo junto con ellos; las condiciones de viaje propiciarán el apoderamiento, por lo estrecho de los vehículos y lo concurrido de su uso, de modo que continuamente se suscitarán los robos por las personas dedicadas a ésto.

A partir de 1984, previniendo lo anterior, la legislación requirió que esta circunstancia fuera agravada, -- con un tipo especial, señalando una de las modalidades del delito de robo, incrementado por las condiciones poblacionales de la explosión demográfica.

Una circunstancia que se suscitó posteriormente al terremoto que sufrió la ciudad de México en 1985, fue el atraco de diferentes bienes, producto del derivamiento de los inmuebles con personas y cosas; así fue como diversas -- personas aprovechando la situación de confusión, incurrieron en el robo de diversos objetos y bienes que quedaron descubiertos, sin resguardo y a la deriva.

Con motivo de lo anterior, y en casos de catástrofe, el legislador ha previsto dichas circunstancias -- para garantizar el respeto a las cosas y a los bienes en un momento de desorden público o catástrofe.

La fracción IX del artículo que seguimos comentando, podría confundirse con lo previsto por el artículo 164 y 164 bis que previenen las asociaciones delictuosas y de la portación ilegal de armas, pues menciona la circunstancia de que se cometa el robo por varias personas armadas o que utilicen o porten objetos peligrosos, entendiéndose por ésto, aquéllo que pueden lesionar a las personas; esto constituye un tipo especial y por lo tanto no puede llegar a ser un robo, con asociación delictuosa y portación de armas prohibidas, siguiendo las reglas de acumulación, pues esto implica una regla especial que debe prevalecer por general, como lo señala el artículo 6 en su segundo párrafo diciendo: "Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general" (95).

La fracción anterior, necesariamente es una regla especial, que va a prevalecer sobre la generalidad.

La fracción X, no es otra cosa que la protección de las instituciones bancarias y de la gente que transporta el dinero, pues a raíz del mismo desenvolvimiento social, se ha requerido que se prevengan este tipo de circunstancias, agravándolas para que los sujetos activos o las personas que se dedican a estos ilícitos, se detengan, y en determinado momento, tengan penas agravadas por las características de sus conductas ilícitas.

Una circunstancia que presenta una modalidad en la que puede cometerse este delito, es sin duda el hecho de que un automóvil estacionado en la vía pública sea abierto para apoderarse de lo que lleva dentro. Cuando este automóvil está a resguardo en un estacionamiento o depositado en algún taller para efectuarle alguna reparación y se le somete al robo citado, puede haber una duplicidad en la modalidad de la existencia del delito; esto es, cuando se comete el robo de automóvil estacionado en la vía pública, pero estando ocupado el dicho automóvil. Evidentemente podría darse la violencia al tratar de oponer resistencia al robo; en estos términos, la calificación debe proceder más por la violencia empleada en el acto que por el robo mismo del vehículo estacionado en vía pública.

El maestro Celestino Porte Petit, al hablarnos de esta circunstancia nos dice: "La agravante prevista en el artículo 381 bis del Código Penal para el D.F., que se refiere al robo de vehículos estacionados en la vía pública, debe entenderse como aplicable siempre que tal vehículo no se encuentre ocupado por alguna persona, pues si la hay, el apoderamiento del vehículo entraña necesariamente el empleo de violencia física o moral y en estas condiciones no pueden sancionarse por ambas calificativas, pues se estaría recalificando la misma conducta" (96).

96. Porte Petit Candaudap., Celestino. "El Delito de Robo - Simple, Complementado, Calificado, Equiparado y de Uso". México, Trillas, 1991. P. 264.

Es interesante notar cómo el juego de aplicación de las calificativas o de las agravantes del delito, -- van a establecerse preponderantemente.

El interés jurídico más preponderante para el derecho, será la protección de la persona en sí, que la protección de un vehículo.

Así se ha ejercido violencia sobre la persona y ésta será un concepto que el derecho prefiera para punir y que subsume la otra calificativa, toda vez que como dice el maestro, se estaría reclasificando dos veces la misma conducta.

Por otro lado, en cuanto a la fracción XII, -- el hecho de que se realizan robos en embarcaciones o cosas -- que se encuentren en ellas, también debe ser agravado en un momento dado, debido a que la embarcación es un lugar totalmente blindado en donde, todas las personas que suban a bordo y siendo ésta aeronáutica o naval, llevan algún interés -- ya sea de transportarse o bien de prestar sus servicios.

Todos los que ingresan a los medios de transporte señalados en esta fracción, está registrado, por lo -- que la confianza que en un momento dado se tendrá a las personas que abordan la embarcación, es sin duda la situación -- tomada en cuenta por el legislador, como una agravante en la modalidad del delito de robo.

Lo mismo sucede cuando se comete sobre el equipaje o valores de viajeros, como lo señala la fracción -- XIII de nuestro comentado artículo, ya que el equipaje, cuando éste es manejado, va a contener objetos de valor y los -- más personales del viajero. Independientemente de que éste -- tenga que guardar sus bienes dentro de un espacio tan limitado como es el equipaje de viaje, lo anterior hace que el sujeto activo se aproveche de una circunstancia que el traslado de los objetos de uso personal le ofrece.

Esta circunstancia que el sujeto activo aprovecha como propicia para la comisión de su ilícito, resulta aprovechada también por la ley pero en sentido punible, adverso al sujeto activo, agravando con seguridad la acción.

Otra circunstancia muy especial es la de los empleados públicos, en cuanto al manejo de expedientes y documentación que nos señala la fracción XIV. Ya de por sí la legislación laboral burocrática, obliga a los funcionarios -- en medida de los deberes de lealtad y probidad en el trabajo a servir eficazmente en el puesto que desempeñan.

En el momento en que se les concede la plaza solicitada, es evidente que los mismos deben tener una responsabilidad directa para con el patrón que es el Estado, de tal forma que todo cuanto esas personas manejan, simple y sencillamente debe considerarse como confidencial.

A pesar de que el cargo es público, no lo es así la documentación que manejan.

La única autoridad que en un momento dado podría requerir la documentación que el poder legislativo o -- ejecutivo tengan en su poder, puede ser la judicial y siempre que tengan legitimada la causa.

Por último y por lo que se refiere a la fracción XV, se presupone una maquinación de engaño por parte de la persona que se ostenta como funcionario público con alguna credencial falsa, y logra un beneficio o el apoderamiento de algún bien.

Esta circunstancia, en un momento determinado bien podría caer en la concepción de fraude, ya que a través del engaño o la maquinación del error en que hace inducir al sujeto pasivo, el activo la aprovecha y obtiene un beneficio económico de cualquier otra índole.

En estos aspectos es totalmente evidente que se podría confundir un poco la aplicación concreta de esa -- fracción, pero debemos considerar siempre que la regla especial prevalece sobre la general.

Ahora bien, por lo que se refiere al artículo 381 bis, previene diversas circunstancias, en primer lugar - menciona como edificios, viviendas o aposentos cuantos estén destinados a la habitación, de tal manera que por el concepto de habitación dicese: a) el hecho de habitar una casa, de tal manera que en la misma viva o more en dicho lugar, siendo éste, lugar fijo o movable, como lo menciona dicho artículo, que legisla y tutela la respetabilidad y seguridad del - hogar.

En relación a lo anterior, el delito autónomo de allanamiento de morada podría confundirse en determinado momento para la tipificación de este delito, de modo que como se dijo anteriormente, esto debe ser una regla especial - que debe prevalecer sobre la general, y para apoyarlo tenemos la siguiente jurisprudencia:

"Robo calificado: si está demostrado que el quejoso penetró a la casa de los ofendidos mediante el engaño de ostentarse como comprador de los objetos que se anunciaban en venta y se apoderó de algunos bienes que le fueron -- posteriormente encontrados, no comete el delito autónomo de allanamiento de morada, sino el robo calificado por perpetrado en casa habitada, en el que la ley tutela la respetabilidad y la seguridad del hogar, siendo por -- tanto irrelevante que se haya obtenido el consentimiento para penetrar al mismo si éste -- fue mediante engaño, en consecuencia, la sentencia condenatoria por el robo calificado no viola garantías" (97).

Estamos observando que ese robo en casa habitación, también no requiere para su existencia que la introducción al domicilio o la habitación sea con violencia o en

97. Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Penal-Procesal". Vol. II. P. 2084.

gaño, sino que simplemente se requiere que el robo se en una casa destinada a la habitación.

Ahora bien, en lo que se refiere al robo de - vehículo estacionado en la vía pública o en un lugar destinado para su resguardo o para su reparación, debemos recordar el texto del artículo que decía: "Se sancionará al que se -- apodere de un vehículo estacionado en la vía pública, no ocupado por persona" y que se reformó el concepto de "no ocupado por persona", ya que hace más clara la comprensión del artículo el texto: "que se apodere de un vehículo estacionado en vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación" de tal forma que cuando se dejan estacionados los vehículos en vía pública, se considera que la ley protege esta situación al sancionar la conducta delictiva al respecto de esta circunstancia de donde se desprende que también debido a la gran explosión demográfica y el desarrollo de la sociedad, ésta requería este tipo de protección a fin de tener la seguridad jurídica para dejar su automóvil estacionado en la - vía pública o en un estacionamiento público o en un taller.

Asimismo este artículo en su último párrafo, - describe el tipo penal del abigeato, o sea, apoderarse en un paraje o campo abierto, de cabezas de ganado mayor ajeno, e independientemente de que el titular poseedor esté o no precisado. De tal forma hemos tratado de encuadrar la conducta al tipo, es decir, hemos estado tipificando las diversas modalidades del robo calificado, su estructura y existencia, -

que ahora pasaremos a hacer el análisis de otros conceptos - relacionados con nuestro estudio.

IV.2 EL ROBO CALIFICADO Y SUS MODOS DE EXISTENCIA.

Si existe alguna razón para que pueda existir el robo calificado, en las circunstancias y modalidades personales, espaciales, materiales y temporales que surgen de - diversas específicas previstas por la ley, de tal manera que es la ley la única fuente para nuestro derecho penal, ya que así lo presupone el artículo XIV de nuestra constitución, al señalar la garantía de legalidad de nuestro sistema jurídico penal, teniendo la idea general de que no podría existir pena sin ley.

Para prevenir las diversas circunstancias a-- gravadas del robo, fue necesario darle diversas modalidades al delito de robo, de tal forma que se pueden clasificar así:

1. El robo simple (art. 367).
2. El tipo equiparable al delito de robo (368).
3. El robo con violencia (372).
4. El robo de uso (380).
5. El robo calificado, cuyas modalidades fueron citadas en el inciso IV.1.

En este inciso queremos hacer una aclaración

entre lo que debemos considerar por robo calificado y sus modalidades, de modo que cuando hablamos de las circunstancias comunicables, nos referimos a las calificativas, citándolas como la ventaja, premeditación y alevosía, y que agravan la pena; son tipos especiales previstos por la norma penal, a diferencia de las circunstancias agravantes, que son tipos autónomos que pueden combinarse con el tipo principal, de tal forma que las calificativas se expusieron como tipos especiales agravados. En consecuencia de lo anterior, consideramos que los tipos o modos de existencia del robo calificado, no solamente son los que encierra el artículo 381 y 381 bis del Código Penal, sino también todos y cada uno de los artículos que en determinado momento mencionan un tipo especial agravante de la pena.

Asimismo esta norma penal del robo calificado y sus diferencias, hacen que su aplicación tenga ciertos ámbitos, a los que están sujetas diversas situaciones referidas, de tal manera que puede haber ámbito de aplicación material, ámbito de aplicación de personas, ámbito espacial, de lugar, de tiempo, etc.

Por lo que se refiere al ámbito material de aplicación presente en el robo calificado, se entiende que puede suscitarse por estar inscrito en el Código Penal para el D.F., como una legislación común dentro del Distrito Federal, y una legislación federal dentro de lo que es el territorio confederado, de conformidad con el artículo 51 de la -

Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación, de modo -- que encontraremos dos aplicaciones materiales de la norma -- que es la común y federal.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de - validez de la norma como un modo de existencia del robo cali- ficado, debemos tomar en cuenta el artículo XIV de nuestra - Constitución, el cual no solamente invoca la garantía de le- galidad dentro del proceso penal, como señalando su única -- fuente del derecho penal como es la ley, sino que también -- aplica la no retroactividad en perjuicio de persona alguna;- esta retroactividad sí puede hacerse valedera a beneficio de la persona, ésto de conformidad con el artículo 56 del Código Penal, que previene la extinción de la pena al entrar en vigor una nueva ley que derogue o que modifique o beneficie al reo en determinado momento. En vista de lo anterior pasa- remos a hablar de las circunstancias de lugar y personales - que previene el robo calificado:

IV.2.1 EL ROBO CALIFICADO POR CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR.

Podemos considerar al principio que rige esta materia sobre las circunstancias de lugar, consiste en que: "La norma debe aplicarse únicamente dentro del territorio -- del estado que la emitió, sin atender a las circunstancias - de nacionalidad de los sujetos activos del delito a quienes

debe aplicarse la norma penal" (98).

Este término de circunstancias espaciales es en cuestión de la aplicación de la norma, de tal manera que las circunstancias de lugar, para nuestro derecho penal, significarán las formas y lugares especiales en los que deba estar el sujeto activo, para que la norma pueda tipificarse, para que tenga vida.

El artículo 381 señala varios requisitos de lugar en algunas de sus fracciones, por ejemplo en la fracción I, señala que debe ser en lugar cerrado, en la fracción III señala que debe ser delito en la casa donde se recibe la hospitalidad, en la fracción IV señala una circunstancia de lugar que sucede en la casa del dueño o patrón o familiares de éste; en la fracción V también señala un lugar específico donde se prestan servicios públicos para clientes o huéspedes; en la fracción VI señala la casa, taller, escuela o habitación, bodega oficina u otro lugar al que se tenga libre acceso por ser aprendices, obreros, artesanos o discípulos en tales sitios. Otra circunstancia de lugar es la señalada en la fracción VII, cuando señala que el sujeto pasivo se encuentre en un lugar determinado como es un vehículo particular o de transporte público, siendo que la fracción X, también establece a una oficina bancaria recaudatoria u otra en que se conserven caudales, como el lugar tipificado por la -

98. Osorio y Nieto, César Augusto. "Síntesis de Derecho Penal". México, Ed. Trillas, 1984. P. 237.

norma penal.

Por lo que se refiere a la fracción XI, se -- refiere al vehículo estacionado en la vía pública y que su-- fre la pérdida de alguna de sus partes; en cuanto a la frac-- ción XII, se hace mención de que el apoderamiento se lleve a cabo en un territorio determinado; en la fracción XIII se re-- quería que el apoderamiento se realizara en equipaje de via-- je; en la fracción XIV el apoderamiento sobreviene en la do-- cumentación de oficinas y archivos públicos, y el sujeto ac-- tivo del delito, que será calificado, debe ser un servidor -- público.

Por último, en la fracción XV, el requisito -- será que la identificación provenga de alguna autoridad que -- le permita tener imperio coercitivo sobre el ciudadano, y -- por esta razón logre el apoderamiento.

Cada uno de los tipos citados previenen cir-- cunstancias de lugar, que se identifican en determinado mo-- mento con la aplicación territorial de la norma, esto es que dependieran del lugar en donde se debe aplicar la norma, de tal manera que el tipo de cada uno de estos incisos citados, menciona diversos lugares, requisitos para la realización de un delito como el que nos ocupa.

Ahora bien, el artículo 381 bis, también seña -- la diversos lugares especiales, tipificados por la norma, co -- mo son: la casa destinada a la habitación, ya sea móvil o es -- tática, el vehículo estacionado en la vía pública así como --

las cabezas de ganado pastando en campo abierto o paraje solitario, de tal forma observamos que la norma penal invierte diversas concepciones de lugar, para establecer las condiciones en que ha de darse a la luz el tipo del delito previsto por la norma penal.

IV.2.2 EL ROBO CALIFICADO POR CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.

Por esa simbolización de circunstancias personales, vamos a entender las cualidades que debe reunir el sujeto activo del delito, esto es, las características especiales que la ley menciona para que pudiese tipificarse la norma, de tal manera y con respecto a ello el maestro René González de la Vega señala: "1. Dependientes y domésticos (frac. II), los primeros son todos aquellos que prestan servicios - subordinados a otro llamado patrón, deben comprenderse bajo las disposiciones laborales y no las mercantiles. El legislador se preocupó por brindarnos la definición de doméstico, - que resulta más amplia que la consignada en la Ley Federal - del Trabajo. Téngase en cuenta que resulta indiferente el lugar de comisión; 2. Huéspedes o comensales (frac. III), no se hace referencia al contrato de hospedaje, sino a la hospitalidad gratuita por obsequio o agasajo que se brinda desinteresadamente. Los responsables pueden ser además de los propios invitados, sus familiares o criados o domésticos.

Esta calificativa participa tanto de circunstancias personales -invitados-, como de circunstancias de lugar -casa donde se les recibe. 3. Dueño o patrón o sus familiares (frac. IV), la hipótesis se refiere al robo que el dueño de una casa habitación o de un negocio, comete contra los dependientes o domésticos que le prestan sus servicios o contra un tercero que visita el hogar o negocio. 4. Dueños - (propietarios) o su personal (frac. V). El robo se comete en empresas o establecimientos comerciales, por el personal que ahí presta sus servicios o por el dueño contra los huéspedes o clientes (relación meramente económica), y 5. Obreros, artesanos, aprendices o discípulos (frac. VI). Doble referencia: a la circunstancia personal de trabajadores, aprendices o alumnos y a la circunstancia del lugar de comisión: casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otros lugares a los que tengan libre entrada por su carácter" (99).

En la fracción XIV, evidentemente que el sujeto activo del delito está totalmente calificado, ya que solamente puede cometerse por el funcionario público, demostrándose esto con el debido nombramiento o cuando menos su inscripción en la lista de raya de la dependencia para que en ella tuviese la calidad exigida por la fracción.

99. González de la Vega, René. "Comentarios al Código Penal" México, Cárdenas editor y distribuidor, 1975. P. 484.

Estas fracciones son las únicas del capítulo del robo calificado que solicitan del sujeto activo cierta calidad o condición, que debe de reunir el mismo para poder integrarse el cuerpo del delito, de manera estricta, de tal forma que el artículo 381 bis no exige una calidad específica para el sujeto activo del delito, ya que solamente menciona circunstancias de lugar como se vió anteriormente.

Tal vez alguna fracción que merece discusión sería la fracción IX del artículo 381, misma que dice: cuando se cometa por una o varias personas armadas, requiriendo que el sujeto activo sea uno solo o sean varios y que estén armados, de tal manera que podríamos darle la calificativa por circunstancia personal para este tipo de delito.

Una de las circunstancias de hecho, que requiere la norma en la fracción VIII, al referirse que el robo se produzca como consecuencia de una catástrofe o desorden público, considerando la agravación del delito en esta circunstancia de hecho, y que no requiere del sujeto activo, ni de lugar que este mismo reúna diversas características, sino que el tipo requiere de circunstancias de hecho para que pueda tener su propia existencia.

IV.3 MOMENTO PROCESAL EN QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA
LAS CALIFICATIVAS.

Por robo calificado tendremos las modalidades del robo agravado por circunstancias de lugar, de persona y de hecho, que la ley previene, brindándole seguridad jurídica a los individuos, de tal forma que estamos considerando al robo calificado como una modalidad del delito, siendo que las circunstancias calificativas, como observamos al hablar de las comunicables, también llegan a ser modalidad del delito para agravar la pena, dichas modalidades que a diferencia de las agravantes como circunstancias comunicables, pueden tener vida en forma autónoma, mientras que las calificativas del delito, llegan a formar parte del delito genérico, como sus propias modalidades o modos de existencia del delito, esto es, tipos especiales agravados por la calificación de las circunstancias de lugar, personales y de hecho.

Observaremos que las calificativas de alevosía, premeditación y ventaja, que solamente podrán ser encuadradas para los delitos de lesiones y homicidio, no pueden ser tomadas en cuenta en el auto de término constitucional, pues en el mismo son consideradas como motivo de demostración durante la secuela del procedimiento, y de hacerlo se estaría prejuzgando a la persona, término de prejuzgamiento;

Para este auto de término constitucional no se requiere que existan pruebas completamente claras, nada -

más se requieren datos que arroje la averiguación previa, - que sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado, de tal forma que no podremos incluso si no se está dando por visto el delito principal, no podemos añadirle una calificativa más --- para los conceptos de auto de término constitucional; la --- jurisprudencia dice lo siguiente:

"Auto de formal prisión: Para motivarlo, la - ley no exige se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la - culpabilidad del reo, requiere únicamente, -- que los datos arrojados por la averiguación - previa, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado" (100).

Así, cuando se habla del robo calificado, ya nos encontramos con un tipo especial, mientras que para un - homicidio con premeditación, alevosía y ventaja, son circunstancias diversas al tipo principal, para el delito de robo - calificado son circunstancias de las llamadas complementa--- rias del tipo genérico, esto es, que cada una señala los típos o los elementos de la conducta que encuadran el cuerpo - del delito, de tal forma que si ese apoderamiento ilícito se comete en un lugar cerrado, se requiere tan solo la demostración, en la averiguación previa, de que se cometió en lugar

cerrado, practicando una diligencia de inspección ministerial, la cual es: "la actividad realizada por el Ministerio Público que tiene por objeto la observación, examen y descripción de las personas, lugares y objetos, cadáveres y efectos de los hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad, de una conducta o hecho, con el fin de integrar la averiguación previa" (101).

Si durante la inspección ministerial, que diga el agente del Ministerio Público que el lugar donde se cometió el apoderamiento ilícito es un lugar cerrado, con eso bastará para que pudiese en determinado momento, calificar el robo, siendo la fundamentación para el mismo, los artículos 367 en relación al 381 fracción I del Código Penal para el D.F., siendo de esta manera que se agravaría la pena, ya que ésta es una circunstancia objetiva, mientras que los conceptos de premeditación, alevosía y ventaja, son conceptos subjetivos de difícil demostración, y que en la averiguación previa no llegan a demostrarse, en cambio las circunstancias objetivas como el lugar cerrado, sí demuestran, y el juez instructor puede declarar la formal prisión sin ningún problema por el robo calificado dependiendo de las circunstancias del caso.

Ahora bien, en el momento procesal en que las calificativas de alevosía y ventaja deben tomarse en cuenta, como subjetivas que son, en el momento en que el agente del

101. Osorio y Nieto, César A. "La averiguación Previa". Op. Cit. P.28.

Ministerio Público formula sus conclusiones, cuando el juez ha cerrado su instrucción tomando en cuenta que dichas conclusiones se consideran como: "la actualización en la acusación del agente del Ministerio Público en la cual debe ser preciso y tomar en cuenta todas las circunstancias del caso, siendo que pueden ser acusatorias o no acusatorias" (102).

Es en este momento en cual se deben tomar en cuenta todas y cada una de las circunstancias controvertidas en la secuela de la instrucción y la defensa preparara sus conclusiones de defensa, y el juez resolverá en el término prudente y en este mismo momento, legalmente hablando, puede y debe tomar en cuenta las circunstancias comunicables, es decir, las agravantes, atenuantes, circunstancias análogas, mixtas y calificativas, que no forman parte del tipo, y las calificativas subjetivas a las cuales nos referimos en capítulos e incisos anteriores.

IV.3.1 EL CONCEPTO DE PREJUZGAR.

Como pudimos observar en el inciso anterior, hablamos de prejujuamiento cuando el juez al dictar su auto de término constitucional, analiza las calificativas subjetivas ya mencionadas: premeditación, alevosía y ventaja, la difícil demostración y que en determinado momento no pueden estar evidentes en el juicio, pero mencionarlas en su auto de término constitucional podría ser un prejujuamiento de la -- 102. Rivera y Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal". México, Porrúa, 1944. P. 251.

conducta que se va a discutir durante la instrucción, de tal modo que este concepto de prejuzgar viene de la "locución latina 'Praejudicium' que significa prejuicio ó lo anterior al juicio" (103).

Cualquier autoridad no puede en determinado momento administrar la justicia debidamente, si no está allegada a los diversos elementos de prueba necesarios que pueden servir para resolver en tal o cual circunstancia la etapa del auto de término constitucional, que solamente es una etapa transitoria, en la cual bastan indicios o datos que integren el cuerpo del delito y hagan presumiblemente la responsabilidad del acusado, mientras que para la sentencia o para que empiece el juicio, el cual técnicamente empieza cuando: "Una vez terminada la fase instructora se pasa al juicio, momento del procedimiento en el que se resuelve sobre todas las relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso. Es esta la fase más importante porque en ella tiene aplicación la llamada 'jurisdicción plena', por ejercitar el juez su potestad de condenar o absolver y de imponer medidas de seguridad con valor definitivo. Es la fase donde culmina el principio de confrontación, es la síntesis procesal, el epílogo, la resolución" (104).

Es solamente en el momento en que se cierra la fase instructora en la que podemos ya pensar en un juicio,

103. Atwood, Roberto. Op. Cit. P.193.

104. Florián, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal" Trad. Leonardo Prieto. Barcelona, Bosch, s/a. P. 275.

en esta fase el procesado ya intervino y expuso todos sus -- elementos de prueba, toda su defensa y se le escuchó en au-- diencia pública, de tal forma que en el auto de término cons-- titucional, aunque ya lo escuchó en la declaración preparato-- ria, puede ser que dentro del mismo, el inculcado no pudie-- se presentar los testigos o preparar las diversas pruebas, - de tal forma que no podría en determinado momento el juez, - prejuzgar o hacer como quedó establecido en un juicio ante-- rior a la etapa definida precedentemente.

IV.4 EL ROBO CALIFICADO Y SU RELACION CON LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Es de gran importancia observar la reforma he-- cha a la fracción I del artículo 20 constitucional referido a la libertad provisional, misma que fue publicada en el Dia-- rio Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985 y en la cual, para que el juzgador pudiese dictaminar una libertad provisional, debía tomar en cuenta "las circunstancias perso-- nales y la gravedad del delito que se le impute siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancio-- nado, con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años..." (105), de tal forma que para la nueva reforma constitucional, deben estar tomadas en cuenta las modalida-- des del delito, como ha quedado establecido en el presente - estudio, las circunstancias comunicables, llamadas califica--
105."Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

tivas, por ser tipos principales de un delito principal, si llegan a formar parte de la modalidad de este mismo delito, por lo que deben tomarse en cuenta para en determinado momento pudiese el juez dictar la libertad provisional que proceda, como por ejemplo, el robo de un reloj en lugar cerrado - sin que exista otra circunstancia y cuya valuación en averiguación previa fuera de cien mil pesos (por decir algo), para el cómputo y sacar el término medio aritmético es necesario sumar las cantidades previstas en el artículo 370 del Código Penal y definirlos como lo manda el artículo 371 del mismo código y a esto aumentarle los días a 3 años, previstos por el artículo 381 del Código Penal, si de la suma resultante, la división entre el máximo y el mínimo no rebasa los cinco años, puede gozar de la libertad provisional, en caso contrario, cuando esta suma rebasa de los cinco años ya no se podría conceder la citada libertad provisional.

Queremos dejar bien establecido que para el robo calificado, en virtud de las reformas establecidas en la fracción I del artículo 20 constitucional, si es sumable la pena acreditada para este delito a lo establecido en los artículos 370 y 371 del Código Penal y no se estará prejuzgando al inculpado, toda vez que las circunstancias del caso así lo ameriten.

IV.5 JURISPRUDENCIA AL RESPECTO.

Para tener una idea clara al tratamiento de este tipo de robo vamos a presentar diversas jurisprudencias con un comentario breve a lo largo de este inciso.

Robo Calificado: No es violatoria de garantías la sentencia que condena a una acusada si está plenamente probada por su confesión que cometió el robo siendo doméstica de la ofendida. -- Amparo directo, 4642/1961, María del Carmen -- Guerrero Tapia.- Resuelto el 31 de enero de -- 1963 por unanimidad de 5 votos. Ponente Sr.Mtro. González de la Vega. Lic. Fernando Ortega. 1ª sala, boletín 1963. P. 101.

De esta jurisprudencia tenemos señalado el delito de robo por circunstancias personales del sujeto activo, esto es, que cabe dentro del tipo especial mencionado por la fracción II del artículo 381 del Código Penal habiéndose demostrado que el sujeto activo es doméstico del sujeto pasivo.

Robo Calificado: Si el apoderamiento de cosas ajenas muebles se realiza en casa habitada, -- con fractura de chapas y el acusado ataca con arma para procurarse la fuga, además de la sanción por lo que amerite el monto de lo sustraído, se hace acreedor con aumento de la pena --

por la calificativa, por el robo violento por equiparación. Amparo directo 6226/1955, Angel Rivas Rivera. Resuelto el 14 de noviembre de -- 1958 por unanimidad de 5 votos. Ponente Sr. -- Maestro Octavio Alarcón. Srío. Lic. Rubén Montes de Oca. 1ª Sala. Boletín 1958. P. 730.

Aquí observamos una gran diferencia entre lo -- que la doctrina conoce como calificativa en relación al robo calificado, ya que una modalidad del robo consiste en que éste pueda ser ejecutado en casa habitación, como lo menciona -- la propia jurisprudencia y una agravación o circunstancia comunicable como calificativa, es la violencia que se ejerce -- para realizar el robo, de tal forma que dice el artículo 372 del Código Penal: "Si el robo se ejecutare con violencia a la pena que corresponda por el robo simple se le agragarán de 3 meses a 3 años de prisión, si la violencia constituye otro de lito, se aplicarán de acumulación"; el artículo 373 define -- las dos clases de violencia que pudiesen existir, la física y la moral, diciendo que: "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".

La violencia, sea física, sea moral, también -- va a ser considerada cuando se haga a una persona distinta de la robada que se halle por supuesto en compañía de ésta, y --

también cuando el ladrón la ejercite después de haber consumado el robo y le proporcione el medio para realizar su fuga o defender lo robado, de tal forma que en esta jurisprudencia - encontramos un robo calificado, esto es, que existe un robo - tipificado en el artículo 367, luego es calificado de conformidad con el artículo 381 bis en su primera parte y él mismo contiene la calificativa de violencia, de tal forma que también es aplicable el artículo 372 del mismo Código Penal; así para la sanción se tienen que sumar las sanciones encuadradas en el artículo 370, 372 y 381 bis, para estar en actitud de sancionar al delincuente. En cuanto a la libertad provisional ha quedado establecido constitucionalmente el deber impuesto al juzgador para fijarla, tomando en cuenta las modalidades del delito; las modalidades del robo calificado ya han sido encuadradas como reglas especiales en los artículos 381 y 381 bis, pero la calificativa prevista por el artículo 372, que es la violencia, no debe tomarse en cuenta para los efectos.

La calificativa prevista por el artículo 372 - constituye en sí una calificativa abstracta, esto quiere decir que si ya en el auto de término constitucional es bastante y suficiente que existan datos que integren el cuerpo del delito y que pudiésemos tomar una presunta responsabilidad, - no podemos, en el momento preciso, invocar la violencia en un robo si aún no está dilucidado o si aun no está debidamente - investigado el delito; consideramos que al tomar en cuenta es ta calificativa de violencia para efectos de la libertad pro-

visional, si se está prejuzgando, y además ésta no es una modalidad del delito, como lo menciona la fracción I del artículo 20 constitucional comentado en páginas anteriores, ya que este efecto de violencia puede encuadrar para las diversas modalidades del delito de robo que hemos estado estudiando, --- mientras que cada una de las modalidades del delito llamado robo calificado, no pueden subsistir junto con otras modalidades, de tal modo consideramos que mientras el artículo 372 señala una calificativa, el 381 y el 381 bis señalan las modalidades del robo, mismas que si pueden ser tomadas en cuenta -- para otorgar la libertad provisional, y que de esta manera están consideradas en la fracción I del artículo 20 constitucional.

Robo Calificado: Si en el delito de robo se demostró una calificativa y se impone la sanción en función de otra no demostrada, se viola la garantía de estricta legalidad. Amparo directo 7981/1961. Eduardo Sergio Manríquez y Antonio Martínez Cano. Resuelto el 1º de octubre de -- 1962, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Maestro González de la Vega. Ponente el Sr. -- Maestro Mercado Alarcón. Secretario Lic. Fernando Castellanos Tena. Primera Sala , Boletín 1962. P. 581.

Es obvio que si en la secuela del procedimiento se ha perseguido un delito, mismo que se fija en el auto -

de término constitucional, para efectos de que se investigue por el mismo y si en determinado momento el Ministerio Público acusa por otra calificativa diversa y el juez lo condena, no dejan al acusado en estado de indefensión, violando como dice la jurisprudencia misma, la garantía de estricta legalidad.

Consideramos que el artículo 381 en su fracción II, protege la confianza debida que el patrón de una casa deposita en sus domésticos, al no sólo otorgarles la facultad de poder entrar y vivir en su casa, sino también de que sea servido el patrón y tengan acceso a todos sus bienes, para efectos de intendencia, de tal forma que al quedar establecido el empleo del acusado al cometer el robo, la pena queda encuadrada en otro tipo, complementario al artículo 387, como modalidad del mismo y que es llamado robo calificado y que está encuadrado en el artículo 381 fracción II del Código Penal

Robo Calificado: Cuando el Ministerio Público en sus conclusiones acusa por robo señalando una determinada calificativa, el juzgador no puede salirse de los términos precisos de la acusación condenando por una calificativa diversa. Amparo directo 6105/1962. Francisco García Jiménez. Resuelto el 26 de septiembre de 1963, por unanimidad de 5 votos. Ponente Maestro Rivera Silva. Secretario José de la Peña. 1ª Sala, Boletín 1963. P. 289.

Esta situación es semejante a la ya comentada en la jurisprudencia anterior, sólo nos resta decir que el juez no puede rebasar la acusación o la actualización de la acusación hecha por el agente del Ministerio Público; puede clasificar el delito, como quedó establecido en nuestro estudio, al dictar el auto de término constitucional, pero en el momento en que el agente del Ministerio Público formula sus conclusiones, esto es, cuando se cierra todo ese proceso de instrucción y el Ministerio Público formula sus conclusiones, éstas deben ser congruentes con el auto de término constitucional, de tal manera que el juez que actúa no puede rebasar la acusación hecha por el agente del Ministerio Público, y éste no puede salirse del estado legal que le fue notificado en auto de término constitucional al acusado, toda vez que de hacerlo, el agente del Ministerio Público lo dejaría de nuevo en estado de indefensión, violándole la garantía de estricta legalidad, ya que en el auto de término constitucional se le dice al acusado los delitos con las agravantes o calificativas por las cuales se ha de defender, y si el agente del Ministerio Público cambiase la calificativa o el delito en sus conclusiones acusatorias al finalizar el procedimiento, deja en estado de indefensión al acusado, ya que no pudo defenderse de una nueva acusación de distintas situaciones jurídicas, y obliga al juez a no rebasar su acusación, con lo que nos encontramos en un estado de incongruencia entre la consignación

el auto de término constitucional, la actualización de la acusación y la sentencia que se llegase a dictar, lo que es violatorio de la garantía de legalidad establecida por el artículo 14 y 16 constitucional.

Robo Calificado: Acumulación y sanción favorable.- Si se consuma el apoderamiento de cosas ajenas muebles en lugar cerrado o destinado -- para habitación, además de la sanción correspondiente al monto de lo sustraído se debe adicionar a la correspondiente calificativa, y si el agente insiste en su conducta antijurídica volviendo a consumir otra infracción en las -- mismas condiciones, se hizo acreedor a una sanción severa, por lo que se fija la pena que se aproxima a la mínima de las sanciones deducibles, obtiene beneficios. Amparo directo 3706/1959.- Marcos Basto Osario.- Resuelto el 7 de octubre de 1959, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Maestro Alarcón, Srío. Rubén Montes de Oca. Primera Sala, Boletín 1959. P.594.

El juez, al hacer la individualización de la -- pena al que está obligado conforme a los artículos 51 y 52 -- del Código Penal, tiene que tratar al caso que presenta la jurisprudencia, como una reincidencia, ya prevista en el artículo 20,21 y sancionadas en el artículo 65, todos del Código Penal, de tal forma que la pena por un delito en reincidencia

tiene que ser mayor, aplicando forzosamente las agravantes, - el artículo 65 del Código Penal dice: "A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración a juicio del juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma". Esto es lo que dice el artículo 65 y nos encontramos en una naturaleza específica, como que nos encontramos con un delito de robo, que por haber sido en lugar cerrado o destinado a casa habitación presenta una modalidad calificada que lo agrava; y además, por la reincidencia nos encontramos con una circunstancia comunicable como la agravante tipificada en el artículo 65, que a su vez, puede ser conjugado para cualquier otro delito constituyendo un agravante por naturaleza, mientras que los tipos previstos en el 381 y 381 bis constituyen modalidades del delito, a diferencia de la violencia, que sí constituye una calificativa, ya que puede subsistir con todas y cada una de las modalidades del robo.

Robo Calificado: Robo calificado conforme a la fracción II del artículo 381 del Código Penal. En los términos del artículo constitucional, - el artículo 381 fracción II del código punitivo, debe aplicarse estrictamente a los casos

en que el agente activo sea un dependiente, en la acepción de factor de comercio, o un doméstico contra su patrón, o alguien de la familia de éste, de manera que el robo de un automóvil cometido por el velador de un taller de reparación, no queda incluido en esa calificativa y debe ser considerado como simple, si no se recurrió a la fracción VI del mismo artículo 381 que comprende la concurrente en la hipótesis.- Además, en el caso ni siquiera aparece que el vehículo objeto del delito fuese de la propiedad del dueño del taller, sino de otra persona quien lo había llevado ahí para guardarlo o -- para que fuese compuesto, por lo cual, aunque el caso pudiese quedar comprendido en otra --- fracción del artículo citado, como el Minis--- terio Público formuló acusación expresa sólo -- por la norma primeramente indicada, el juzga-- dor no pudo substituir al representante social para declarar de calificado el delito.

Por la razón que en verdad lo fue, sin violar el artículo 21 constitucional. Amparo directo 8041/1960.- Gabino González. Resuelto el 27 de julio de 1961, por unanimidad de 5 votos. Po-- nente el Sr. Maestro Vela. Secretario Lic. Alg jandro Martínez Camberos. 1ª Sala, Boletín --- 1961. P. 592.

De nuevo nos encontramos con imprecisiones en la acusación del agente del Ministerio Público al referirse o tratar de calificado a este robo, el cual no llega a ser encuadrado en su debido tipo, de tal forma que si el agente del Ministerio Público ha formulado sus acusaciones, el juez no puede rebasarla en un momento dado y mucho menos sustituir sus deficiencias, de modo que debe declararse libre a una persona que aunque haya cometido el delito, por no habersele definido correctamente puede salir a la calle a seguir delinquiendo.

Robo Calificado, Delito de: Legislación para - el Distrito Federal y Territorios Federales.- Acreditado en el proceso que el sujeto del delito, siendo huésped del ofendido, aprovechó - esta situación para apoderarse de objetos de - la propiedad de éste, sin el consentimiento de la persona que podría darlo, determina que la represión penal esté referida al robo calificado. Amparo directo 7955/1961.- Carlos Alberto Contreras. Resuelto el 5 de abril de 1962, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Maestro Mercado Alarcón. Secretario Lic. Enrique Padilla Correa. 1ª Sala, Boletín 1962. P. 207.

A esta modalidad del robo, se le nombra robo - calificado; es ya una norma establecida que para los tipos -- mencionados en el artículo 381 y 381 bis deban definirseles como robo calificado, de tal manera consideramos que para ser

más correcta la disciplina penal, habría que diferenciarlo de las calificativas y agravantes, señalándolo como modalidad de el robo.

Robo Calificado: Robo cometido por un trabajador.- La ley no distingue acerca de que si el trabajador sea eventual o permanente, por la filosofía que inspira la agravación de la pena fijada para estos casos, es el haber faltado el empleado al deber de respeto a los bienes de su patrón, o sea, en otras palabras, el haber aprovechado indebidamente la proximidad que respecto de los mismos tenía por razón de su empleo, para tomarlos. Si el artículo 338 fracción VI del Código Penal de Guanajuato (correlativo del 371 del Código Penal del D.F.), emplea el adverbio "habitualmente", lo hace -- con relación al lugar de trabajo, mas no con respecto a la duración de éste. Amparo directo 3437/1956. Guadalupe Rodríguez González. Resuelto el 29 de septiembre de 1956, por unanimidad de 5 votos. Ponente Sr. Maestro Mercado Alarcón. Srío. Raúl Cuevas. 1ª sala, boletín - 1956. P. 792.

Es evidente que ahora la jurisprudencia nos aclara la situación respecto de los trabajadores domésticos, -

obreros, artesanos, siendo que para cada uno de ellos, no se requiere que sean de carácter permanente, ya que como está -- observado el bien jurídicamente tutelado por la norma, es el respeto a los bienes del patrón, de tal forma que se agrava -- la pena, toda vez que se presenta la pasividad para el sujeto activo, de permitir, al estar en cercanía de los bienes del -- patrón, siendo que es irrelevante si es eventual o transito-- rio, si se le tuvo en determinados momentos la confianza para entrar al domicilio, taller, empresa o lugar donde se haya -- consumado el robo.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA: El desarrollo de las normas penales está supeditado a las ideas sobre seguridad social, que en los diferentes momentos de la historia de México se han concebido.

SEGUNDA: El robo como delito, siempre ha sido perseguido y penado y no obstante que los adelantos científicos coadyuvan a combatirlo, es una de las conductas criminales que continúan cometiéndose con asiduidad.

TERCERA: El robo es un delito doloso por parte del sujeto activo, pues no puede concebirse que se presente de manera imprudencial el apoderamiento de cosas ajenas sin derecho.

CUARTA: El bien jurídicamente tutelado por el legislador mediante la creación del tipo de robo, es el patrimonio del sujeto pasivo, siendo dicho patrimonio formado por los bienes corpóreos correspondientes a un titular, pero es necesario -- aclarar que solamente los bienes corpóreos pueden alcanzar la categoría de cosa, por lo tanto son los únicos que se protegen mediante la figura delictiva de robo.

QUINTA: Las calificantes y atenuantes del robo, están debidamente previstas en la ley y en relación con ellas, las penas se ven proporcionalmente aumentadas o disminuidas según sea el caso.

SEXTA: Las calificativas y las agravantes deben ser diferentes con claridad, las primeras están ya dentro del tipo y son específicas de cada delito, en tanto que las agravantes son generales y pueden integrarse a cualquier figura delictiva.

SEPTIMA: En el robo pueden aparecer diversas agravantes, siendo la más común la de pandilla, sin olvidar que en ocasiones se llega al concurso, como es el caso de la asociación delictuosa.

OCTAVA: El robo presenta diversas circunstancias calificativas que van desde penalizar mayormente el resultado de la acción típica, hasta establecer medidas de seguridad más rigurosas, dichas calificativas deben estar necesariamente contempladas por la ley.

NOVENA: Las circunstancias que son modificativas de la sanción penal en el robo, no deben confundirse con los elementos constitutivos del mismo, ya que éstos integran el tipo legal, en tanto que las calificativas son accidentales generalmente, de manera tal que corresponde a éstas un aumento en la penalización del ilícito.

DECIMA: Los artículos 381 y 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, siendo necesario para su aplicación, no solamente el adecuamiento de la conducta en el tipo genérico del robo, sino también la o las circunstancias que se detallan en ambos numerales para su debida aplicación en los diferentes casos.

DECIMOPRIMERA: Las circunstancias calificativas consideradas por el legislador, tienen diferente fundamentación, unas se dan en razón de peligrosidad, otras en virtud de la violación a la confianza depositada por el sujeto pasivo en el activo y la cuales aprovechada para ejecutar el ilícito; otras se derivan del compromiso de brindar seguridad jurídica a la sociedad y otras además, se fundamentan en las nuevas situaciones surgidas a raíz de la explosión demográfica y la decadencia de valores en nuestra sociedad.

DECIMOSEGUNDA: Las formas del robo calificado no solamente son contempladas por los artículo 381 y 381 bis del Código Penal, sino también lo son todas y cada una de aquellas establecidas en el mismo ordenamiento legal con una mayor penalización.

DECIMOTERCERA: El estado, en su función de protector del or--

den social y jurídico, debe continuar, mediante el trabajo -- del Poder Legislativo, formulando la creación de leyes que -- contemplen las diferentes formas de robo que van surgiendo -- conforme evoluciona la sociedad y así continuar elaborando -- más figuras de robo calificado, como pudiera ser por ejemplo, el cometido en agravio de turistas, que comúnmente aparece -- por la ventaja que el sujeto activo tiene a causa del descono- cimiento que los fuereños tienen de nuestra sociedad, por lo cual son victimizables con mayor facilidad.

DECIMOCUARTA: Es necesario un replanteamiento global respecto del delito de robo, ya que es una de las conductas delictuo- sas que con mayor frecuencia se cometen y que representan un alto costo social, además del grande riesgo que significa para los habitantes del Distrito Federal; puede afirmarse con - certeza que no hay habitante que no haya sufrido la disminu- ción de su patrimonio a causa de este delito por lo cual se - justifica su constante estudio para alcanzar una constante re- novación que permita una mejor manera de luchar por su erradi- cación.

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFIA.

1. ATWOOD, Roberto. "Diccionario Jurídico". México, Librería Bazán, 1982.
2. BENTHAM, Jeremías. "Tratado de las Pruebas Judiciales". Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
3. BRAVO Ugarte, José. "Compendio de Historia de México". México, Porrúa, 1965.
4. CARDENAS, Raúl. "Derecho Penal Mexicano del Robo". México, Porrúa, 1982.
5. CARNELUTTI, Francesco. "Principios del Proceso Penal". Buenos Aires, E.G.E.A., 1975.
6. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. "Rafz Jurídica del Aborto", en "El Aborto". México, UNAM, 1980.
7. CASTELLANOS Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales del Derecho Penal". México, Porrúa, 1974.
8. COLIN Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". México, Porrúa, 1974.
9. CUE Canovas, Agustín. "Historia Social y Económica de México, 1521-1854". México, Trillas, 1967.
10. CUELLO Calón, Eugenio. "Derecho Penal". México, Editora Nacional, 1970.
11. DIAZ DE LEON, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". México, Porrúa, 1986. 2 Vols.
12. DIAZ DE LEON, Marco Antonio. "Tratado sobre las Pruebas Penales". México, Porrúa, 1988.
13. FIORIAN, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal". Trad. Leonardo Prieto. Barcelona, Bosch, s/f.

14. GARCIA PELAYO Y GROSS, Ramón. "Diccionario Larousse Ilustrado". México, Larousse, 1981.
15. GARCIA Ramírez, Sergio y ADATO de Ibarra, Victoria. "Pronuario del Proceso Penal Mexicano". México, Porrúa, 1982.
16. GONZALEZ, Luis. "El Período Formatorio" en "Historia de México". México, El Colegio de México, 1983.
17. GONZALEZ DE LA VEGA, René. "Comentarios al Código Penal". México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975.
18. IBARROLA, Antonio de. "Cosas y Sucesiones". México, ---- Porrúa, 1981.
19. JIMENEZ Asenjo, Enrique. "Derecho Procesal Penal". Madrid, S.F.E. Revista de Derecho Privada, s/f.
20. JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Buenos Aires, Losada, 1965.
21. MACIA C., Bertha del C. "Cronología Fundamental de la Historia". México, Editorial del Magisterio, 1970.
22. MORAN, C. Barrón de. "Historia de México". México, Porrúa, 1973.
23. OSORIO Y Niño, César Augusto. "La Averiguación Previa". México, Porrúa, 1981.
24. OSORIO Y Nieto, César Augusto. "Síntesis de Derecho Penal". México, Trillas, 1984.
25. PINA, Rafael de. "Diccionario de Derecho". México, Porrúa, 1970.
26. PORTE PETIT Candaudap, Celestino. "El Delito de Robo Simple, Complementado, Calificado, Equiparado y de Uso". México, Trillas, 1991.

27. PRECIADO Hernández, Rafael. "Lecciones de Filosofía del - Derecho". México, Jus, 1979.
28. PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL D.F. "La Procuración de la Justicia, Nueva Filosofía del Ministerio Público". México, PGJD.F., 1984.
29. RIVERA y Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal". México, Porrúa, 1944.
30. SEMINARIO DE DERECHO PENAL de la Facultad de Derecho de - la UNAM. "Revista de Derecho Penal Contemporáneo". México UNAM, 1969. N° 2.
31. ZAMORA Pierce, Jesús. "Garantías del Proceso Penal". México, Porrúa, 1984.
32. ZAVALA Baquerizo, Jorge E. "El Proceso Penal Ecuatoriano" Quito, Editorial Royal Print, 1964.

CODIFICACION.

1. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. "Códig-o Penal Anotado". México, Porrúa, 1981.
2. "CODIGO CIVIL PARA EL D.F." México, Porrúa, 1986.
3. "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES". México, Porrúa, 1987.
4. "CODIGO PENAL PARA EL D.F." México, Librería Teocalli, 198
5. "CODIGO PENAL PARA EL D.F." México, Porrúa, 1987.
6. "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". - México, Porrúa, 1985.
7. "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CO-MENTADA". México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.