

UACM

Universidad Autónoma
de la Ciudad de México

Nada humano me es ajeno

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES.

LICENCIATURA EN DERECHO.

“La contradicción al Principio Jurídico *Ne Bis In Idem*, contenida en la fracción VIII del artículo 224 del Código Penal para la Ciudad de México en el delito de robo de vehículo”.

TRABAJO RECEPCIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO.

PRESENTA

ISMAEL FRANCISCO MORENO ORTIZ

DIRECTOR

MAESTRO RODRIGO MAISON ROJAS.

Ciudad de México, octubre de 2018.



SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO COORDINACIÓN ACADÉMICA

RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES

DERECHOS RESERVADOS ©

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS.

A DIOS.

A LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO Y A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

A MIS PADRES YOLANDA ORTIZ SÁNCHEZ E ISMAEL MORENO FRÍAS.

A MI HERMANA IVONNE MORENO ORTIZ.

A MIS PROFESORES: LICENCIADA LAURA DÍAZ ESCUTIA, ASESOR MAESTRO
RODRIGO MAISON ROJAS, MAESTRO PABLO ERNESTO SANVICENTE CASTRO,
MAESTRO FRANCISCO JAVIER GARCÍA MORALES.

AL PROGRAMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR PARA CENTROS DE READAPTACIÓN
SOCIAL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESPECIALMENTE A: LICENCIADA NATASHA
BIDAULT MNISZEK, LICENCIADA ALEJANDRA DÍAZ ESPARZA, LICENCIADA
AZUCENA VALDIVIA ORTEGA, Y A JOSÉ AGUSTÍN MILLÁN AGUILAR.

AL DOCTOR HÉCTOR ARTURO HERMOSO LARRAGOITI, Y AL LICENCIADO ALAN
Y AEL AGUILERA GALICIA, AMBOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CASAS DE LA
CULTURA JURÍDICA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

AL LICENCIADO RAÚL ARCENIO AGUILAR TAMAYO, DIRECTOR GENERAL DE
ASUNTOS JURÍDICOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

AL LICENCIADO HIRAM ALMEIDA ESTRADA, INGENIERO RAYMUNDO COLLINS
FLORES, MAESTRO EMMANUEL CHÁVEZ PÉREZ, Y LICENCIADO LEONEL
VELARDE MACÍAS, TODOS DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DE LA
CIUDAD DE MÉXICO.

AL SEGUNDO SUPERINTENDENTE PABLO LÓPEZ JARAMILLO, DIRECTOR
EJECUTIVO DE SEGURIDAD PENITENCIARIA DE LA SUBSECRETARÍA DEL
SISTEMA PENITENCIARIO DE LA SECRETARÍA DE GOBIERNO DE LA CIUDAD DE
MÉXICO.

AL MAGISTRADO EDUARDO ALFONSO GUERRERO MARTÍNEZ, PRESIDENTE DE
LA PRIMERA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD
DE MÉXICO.

Doy “GRACIAS” a todas ellas en forma especial por su apoyo y haberme brindado aquella
seguridad para la realización del presente trabajo; así como también por darme ánimos para
seguir adelante.

*“Toda cultura es producto de largos alientos históricos, geográficos, psicológicos, políticos,
económicos, de momentos coyunturales y de intercambio de bienes no solo culturales con otras
sociedades.”*

Fernando Braudel.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 6
CAPITULO 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE ROBO	Pág. 18
1.1 ORIGENES DEL PRINCIPIO “ <i>NE BIS IN IDEM</i> ”.....	Pág. 18
1.2 MONTESQUIEU Y BECCARIA.....	Pág. 24
1.3 SÍNTESIS DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA DE 15 DE MAYO DE 2003 AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	Pág. 33
1.4 SÍNTESIS DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA DE 18 DE JUNIO DE 2008 A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	Pág. 42
1.5 SÍNTESIS DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE 5 DE MARZO DE 2014 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.....	Pág. 49
CAPITULO 2 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DEL DELITO DE ROBO DE VEHÍCULO.....	Pág. 55
2.1 FUNCIONALISMO Y ROXIN.....	Pág. 55
2.2 PRINCIPIO DEL DERECHO SANCIONADOR “ <i>NE BIS IN IDEM</i> ”.....	Pág. 61
2.3 ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE ROBO DE VEHÍCULO.....	Pág. 64
2.3.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN.....	Pág. 90
2.3.2 NATURALEZA JURÍDICA.....	Pág. 92

2.3.3 CLASIFICACIÓN.....	Pág. 101
2.4 ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE ROBO DE VEHÍCULO EN LA TEORÍA HEPTATÓMICA DEL DERECHO PENAL.....	Pág. 104
2.4.1 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	Pág. 104
2.4.2 CONDUCTA Y AUSENCIA.....	Pág. 105
2.4.3 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	Pág. 106
2.4.4 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	Pág. 107
2.4.5 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.....	Pág. 108
2.4.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.....	Pág. 109
2.4.7 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	Pág. 109
2.5 EL ROBO DE VEHÍCULO VISTO DESDE LA JURISPRUDENCIA.....	Pág. 126

CAPÍTULO 3 MARCO LEGAL DEL DELITO DE ROBO DE VEHÍCULO

.....	Pág. 168
3.1 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	Pág. 172
3.1.1 LEGALIDAD O SEGURIDAD JURÍDICA.....	Pág. 173
3.1.2 DEBIDO PROCESO.....	Pág. 176
3.1.3 PUBLICIDAD, CONTRADICCIÓN, CONCENTRACIÓN, CONTINUIDAD, INMEDIACIÓN.....	Pág. 179
3.1.4 PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.....	Pág. 181
3.1.5 <i>NON BIS IN IDEM</i>	Pág. 184
3.1.6 <i>NE BIS IN IDEM</i>	Pág. 188
3.2 TRATADOS INTERNACIONALES.....	Pág. 192
3.3 PRINCIPIOS PROCESALES.....	Pág. 196
3.4 PRINCIPIOS LEGALES.....	Pág. 205
3.4.1 LEGALIDAD.....	Pág. 208

3.4.2 PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA, ANALÓGICA Y POR MAYORÍA DE RAZÓN..	Pág. 209
3.4.3 PROHIBICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA...	Pág. 210
3.4.4 PROHIBICIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.....	Pág. 211
3.4.5 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	Pág. 213
3.4.6 PRINCIPIO DE LA JURISDICCIONALIDAD.....	Pág. 215
3.4.7 PRINCIPIO DE LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL.....	Pág. 216
3.4.8 COMPETENCIA POR SEGURIDAD.....	Pág. 217
3.4.9 VALIDEZ TEMPORAL.....	Pág. 219
3.4.10 PRINCIPIO DE LA LEY MAS FAVORABLE (“FAVOR REI O IN DUBIO PRO REO”).....	Pág. 220
3.4.11 MOMENTO Y LUGAR DEL DELITO.....	Pág. 222
3.4.12 VALIDEZ PERSONAL Y EDAD PENAL.....	Pág. 224
3.4.13 PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, CONSUNCIÓN Y SUBSIDIARIEDAD.....	Pág. 226
3.4.14 APLICACIÓN SUBSIDIARIA DEL CÓDIGO PENAL.....	Pág. 229
3.5 PRINCIPIOS EMANADOS DE LA JURISPRUDENCIA.....	Pág. 230
3.5.1 REFORMATIUS IN PEIUS.....	Pág. 230
3.5.2 PROHIBICIÓN DE DOBLE VALORACIÓN.....	Pág. 232
3.5.3 PROPORCIONALIDAD.....	Pág. 234
CAPÍTULO 4 ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	Pág. 237
CONCLUSIONES.....	Pág. 265
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 271

INTRODUCCIÓN.

Uno de los anhelos más importantes del ser humano durante su existencia es sin duda, ser feliz, y este concepto encierra a su vez una serie de pensamientos o ideologías encaminadas a determinar, en primer lugar, que es la felicidad, cuál es el objeto de ésta, si es relativa, o bien, si existe un fundamento de felicidad válido para todos los seres humanos, pero cualquier opinión respecto a este término siempre será insuficiente para dejar satisfechos al conglomerado de seres humanos que habitan nuestro planeta.

No obstante, cabe preguntar ¿La paz social estará contemplada como uno de los elementos integrantes de la felicidad? Y la respuesta unánime tal vez sería, que la paz implica un estado de estabilidad que no produce afectación al ser humano, en consecuencia, podríamos señalar que si la felicidad es un todo, la paz produciría una parte de ella, porque ese concepto llamado paz, necesariamente se encuentra dentro de la finalidad de los seres humanos.

En la interacción humana se observan hechos de sociabilidad, algunos de colaboración, otros de competencia y finalmente hechos contenciosos que se dan cuando las conductas de los seres se contraponen y producen conflictos dentro del seno de la colectividad, de ahí surgen las conductas que atentan contra los bienes particulares de los contendientes: la vida, el honor, el patrimonio, la libertad sexual etc. Las conductas anteriormente mencionadas y que afectan a la sociedad se denominan en derecho penal “delito” y la criminología las determina como conductas antisociales.

El pensamiento anterior, aunque parezca un juego de palabras, en realidad nos sirve de preámbulo para analizar brevemente la situación conflictual que surge entre miembros de una comunidad, cuando un

sujeto quebranta una norma que afecta a su semejante y que produce un daño en diferentes bienes jurídicos tutelados.

En otras palabras, toda conducta afectiva de derechos acarrea siempre la existencia de cuando menos dos protagonistas: un agresor y un agredido, en términos de Derecho Penal, un delincuente y su víctima. De este drama penal surge entonces, la inquietud de este análisis no solamente en lo que respecta a la existencia del ilícito, sino a las consecuencias de ese actuar.

Durante las últimas décadas, el sistema penal mexicano, ha sido objeto de modificaciones que implican una nueva forma de impartir justicia en esta materia. Uno de los más importantes cambios legislativos, se produjo en 1994, cuando se abandonó el criterio de peligrosidad o temibilidad del agente, para la imposición de las penas y se adoptó el de culpabilidad.

Es decir, la medida para sancionar penalmente a una persona no sería ya la del mayor o menor peligro que ésta representara para la sociedad, sino la de su participación como autor o como cómplice de los hechos que resultaron probados en el proceso.

Ciertamente, el proceso de individualización de las penas es una facultad discrecional otorgada a los jueces, pero, aquéllas no implica la concesión de una atribución absoluta, ya que ésta debe ejercerse con racionalidad y prudencia, y atendiendo además, a ciertas reglas legales y jurisprudenciales. De lo que se trata es que el juzgador, al ejercer su arbitrio en ese espacio que nuestro ordenamiento le reconoce, imponga a cada sentenciado la pena más justa.

Si bien el ejercicio de una facultad discrecional libera al juez, la libertad que la ley le otorga tiene otro rostro: la responsabilidad de dar al justiciable lo suyo en el caso concreto. Cualquier juzgador sabe bien la dificultad que entraña el ejercicio responsable de la discreción judicial,

escollo que se salva con el conocimiento teórico, pero, sobre todo, con experiencia. Por ello, no resulta extraña ni falsa la afirmación de que a individualizar la pena se aprende en la práctica cotidiana.

Pues bien, en esta obra se muestra el cauce que debe guiar este tipo de determinaciones, para que el ejercicio por los jueces de tal atribución se realice dentro de las normas jurídicas, principios y criterios vigentes en el sistema penal mexicano.

El aumento de las penas para determinados delitos graves que llegan a estar “de moda” ha sido un paliativo de los gobiernos para tratar de apagar el reclamo social ante la ola de crímenes que surgen en determinadas épocas y lugares; sin embargo, en casi todo el mundo se ha demostrado la ineficacia de esa medida para dar solución a ese problema. Las penas severas, inexorables, crueles, insensibles e inhumanas no han tenido el fin disuasivo pretendido con su imposición.

Por el contrario, esa forma de proceder ha dado pauta a la sobrepoblación de las cárceles y, en consecuencia, al incumplimiento de uno de los fines del derecho punitivo, traducido en la readaptación y reinserción del delincuente.

Esa medida también ha provocado que los juzgadores en sus sentencias se vean limitados para llevar a cabo una correcta individualización de las sanciones; varias conductas delictivas se encuentran sancionadas con penas muy altas, y los jueces se ven forzados, por lo regular, a imponer sanciones mínimas o por lo menos cercanas a éstas, sin tener opción a atender a todos los presupuestos previstos para la correcta imposición de sanciones, debido a que el mínimo ya resulta elevado para casi todos los casos.

Por otra parte, el legislador ha tenido los motivos suficientes para ir reduciendo el arbitrio judicial en los marcos concretos de sanciones correspondientes a cada tipo penal, debido a que, en la

individualización de las sanciones en otros delitos, los jueces han dejado de ejercer esa potestad al omitir en sus sentencias un verdadero estudio de todos los factores plasmados en los artículos 70, 71 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de que evidentemente la culpabilidad de cada individuo a la perpetración de un injusto penal es distinta en cada partícipe, aun en los cometidos por obra conjunta, ya sea por las eventualidades del hecho, las condiciones de tiempo, lugar y modo, o por las peculiaridades de cada agente (edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas, motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir).

El tema relacionado con la imposición de sanciones, por una u otra razón, se ha relegado a un segundo término, pensando quizá que finalmente los jueces, mal o bien, no dejan de imponer las sanciones establecidas para cada delito y por esa razón se considera suficiente la imposición de penas mínimas o cercanas a éstas. Sin embargo, este escenario no puede ser considerado en esa forma tan simplista, pues cuando la determinación de las penas impuestas no es acorde a la culpabilidad del reo, se torna ilegal e inconstitucional y, por ende, vulnera los principios de equidad y justicia, así como el principio de “*Ne Bis In Idem*”.

De esta forma, durante el presente trabajo analizaremos brevemente el rol del principio “*Ne Bis In Idem*”. El tema que investigué es el de: La contradicción al principio jurídico “*Ne Bis In Idem*”, contenida en la fracción VIII del artículo 224 del Código Penal para la Ciudad de México en el delito de robo de vehículo. Mi interés se debió a las decisiones controvertidas, emitidas en las resoluciones judiciales por los operadores jurídicos Juez Trigésimo Cuarto de lo Penal de la Ciudad de México en la sentencia definitiva de fecha primero de abril de dos mil cuatro emitida en la causa penal 341/2003; y los Magistrados

Integrantes de la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México en la resolución de once de junio de dos mil cuatro emitida en el toca penal 509/2004. Idénticas consideraciones sostuvieron los Magistrados Integrantes del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitida en la ejecutoria de veintidós de abril de dos mil diez emitida en el Amparo Directo 97/2010; los Magistrados Integrantes del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitida en el Amparo Directo en la ejecutoria de fecha veinticuatro de enero de dos mil trece. Iguales aseveraciones corroboraron los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver por unanimidad de votos los amparos directos en revisión 1930/2011 en sesión de fecha diecinueve de octubre de dos mil once, 2556/2011 en sesión de veinticinco de enero de dos mil doce, 3032/2011 en sesión de fecha nueve de mayo de dos mil doce, y 665/2013 en sesión de fecha cinco de junio de dos mil trece; que en la vida fáctica tiene un impacto sobre el destino de seres humanos de carne y hueso, a los que hoy reconocemos como titulares de derechos y garantías por el hecho de ser personas.

Realicé mi indagación en los archivos del Juzgado Trigésimo Cuarto de lo Penal de la Ciudad de México; Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México; Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; así como en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; durante el primer semestre del dos mil dieciocho.

Mi intención al efectuar la presente investigación es que se determine un criterio definitivo, para acreditar o no la circunstancia calificada contemplada en la fracción VIII del artículo 224 del Código Sustantivo de la Materia Penal del Distrito Federal al momento en que los

juzgadores individualizan la sanción a imponer a los justiciables, lo cual impactaría en una verdadera y eficaz individualización de las penas, cumpliendo así con los objetivos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Es importante porque de fijarse el criterio de eliminar, o no tener por acreditada la circunstancia cualificada en comento respecto al tipo penal básico de robo, contribuiría a confirmar la proporcionalidad de las penas a favor de los sentenciados, evitando así la vulneración de sus derechos fundamentales.

Considero que el tema es innovador hasta la fecha (2018), la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha establecido una directriz a seguir: indicando la constitucionalidad o no de la circunstancia cualificada multireferida, lo que ha propiciado que los jueces y magistrados sostengan resoluciones contradictorias y controvertidas en transgresión del Principio General de Derecho “*Ne Bis In Idem*” y vulneración de las personas a quienes se dicta en su contra una sentencia condenatoria.

Es indispensable señalar que el legislador penal mexicano, en la actualidad, está sujeto al marco de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, por lo que, al formular la cuantía de las penas, debe atender a diversos principios constitucionales, dentro de los cuales se encuentran el de proporcionalidad, previsto en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone:

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado (...)”.

Y el principio constitucional de “*Ne Bis In Idem*” que tiene estrecha relación con el principio de “*Non Bis In Idem*” contemplado en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala:

“Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”

Particularmente con respecto al ilícito de robo de vehículo se da la siguiente situación: Si se acredita la calificativa relativa a que el robo recaiga sobre un vehículo automotriz, ello no implica la adición de una nueva circunstancia que se añada al delito básico, sino por el contrario, lo que hace es retomar la misma conducta del tipo básico –objeto material- para su agravación; lo cual sin duda pone de manifiesto que se recalificaría una misma conducta para imponerle doble sanción, sobre la misma doble punición, sobre el tipo básico, en torno a un elemento integrante del mismo.

Lo que implica que la hipótesis que pretendo demostrar es que dicha fracción VIII del artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, contradice el Principio *Ne Bis In Idem*, al recalificar las conductas que se reprochan al justiciable, por lo que resulta inconstitucional.

Para el análisis y estudio de la hipótesis en comento se utilizaron los siguientes métodos:

- 1) Método exegético, de casos, comparación de la norma jurídica aplicable, método dialéctico, realismo jurídico, hermenéutico. Se interpretaron el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Código Penal para el Distrito Federal. Se estudiaron dos casos de los Juzgados 34 y 40 Penales, así como de las Salas Penales

Primera y Novena; todos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

- 2) Método histórico-lógico, análisis-síntesis, abstracto-concreto, sistemático-estructural-funcional.

La historia del derecho tiene sin duda un aspecto científico, ya que la labor del historiador debe comenzar por seleccionar los datos y depurar los testimonios; hecho lo anterior, el trabajo histórico continúa mediante la reconstrucción de los hechos pretéritos, en su individualidad característica.

Sin embargo, para que haya ciencia hace falta una esfera científica delimitada, y un método científico para estudiar esta investigación, por consiguiente se debe abordar un estudio de cada período histórico; es así que se han delimitado tres métodos de análisis histórico:

□ Método histórico o cronológico: Su análisis comienza realizando una separación de los hechos históricos en distintos periodos, y en base a tal división, investiga los diferentes ordenamientos jurídicos. □ Método sistemático: Establece que el análisis debe iniciarse a partir de una división de sistemas jurídicos, para posteriormente situar el hecho histórico en la etapa correspondiente. □ Método mixto: Similar al método cronológico, aunque su estudio parte de situar distintas etapas para cada rama del saber jurídico, de manera que no se sitúa plenamente dentro de ninguno de los métodos anteriores, en realidad es fruto de un planteamiento sincrético.

- 3) Método inductivo, causal, sistémico, análisis de contenido. Los pasos que di son: la observación y registro de los hechos, análisis y clasificación de los hechos; y derivación de una generalización a partir de los hechos.
- 4) Método de derecho comparado.

El derecho comparado puede ser definido en esta sede como el estudio y propuestas de comparaciones, recepciones, trasplantes, migraciones, exportaciones, importaciones, reorganizaciones, fusiones, escisiones, transformaciones, integraciones, de cualquier institución jurídica, el cual puede ser aplicado a cualquier disciplina jurídica, dentro de las cuales podré citar el caso del derecho privado, público y mixto.

Ahora me ocuparé de la hermenéutica jurídica la cual es una disciplina jurídica y no es rama del derecho que estudia la interpretación en el derecho, por lo tanto, puede ser aplicada en todas y cada una de las diferentes disciplinas jurídicas, las cuales son de dos tipos, clases o variedades: primero, las ramas del derecho; y segundo, las disciplinas jurídicas que no son ramas del derecho.

Igualmente la hermenéutica no sólo se aplica en la ley, sino también en los actos jurídicos, y en todo el derecho, es decir, constituye un tema de vital importancia en el estudio del derecho, y por supuesto también en el estudio del derecho comparado, por lo tanto, en la misma se debe tener en cuenta el método comparativo. La investigación se enfoca desde el positivismo jurídico considerando al Derecho como fenómeno normativo. Aún con ello considero importante tener en cuenta elementos de interpretación del iusnaturalismo y del método de analogía histórica.

En síntesis, cuando se enfrentan aspectos tan importantes como la elaboración y ejecución de investigaciones de ciertos fenómenos sociales, la comparación permite, desarrollar un análisis más pormenorizado de lo que se estudia. Para la investigación en gestión pública es relevante esta característica del método, porque entrega una herramienta técnica que permite entender, analizar y plasmar generalizaciones sobre el objeto de estudio.

En el ámbito de lo descriptivo, la comparación es una herramienta muy útil para reconocer las características propias y específicas de una unidad de análisis, ya sea un caso o un país. Una situación se explica y se caracteriza de mejor forma en la comparación. Si bien es cierto que esto pone de manifiesto la necesidad de que la comparación sea hecha entre situaciones similares o al menos susceptibles de comparar, al menos la idea de la diferencia es un punto valioso para dar reconocer los elementos propios y particulares de ciertos hechos.

De esta manera caractericé o definí los elementos que ayudan a emprender un proceso de reforma institucional, la comparación entre una situación exitosa y una fallida, que me permitirán reconocer aquellos elementos particulares del caso exitoso que lograron un determinado logro.

Siguiendo en el ámbito descriptivo, nos parece pertinente relevar el hecho que una comparación entre fenómenos permite reconocer ciertas regularidades, las cuales, son el propósito fina de toda ciencia o disciplina que busque su consolidación. Estas regularidades permiten hacer proyecciones acerca del comportamiento de organizaciones, lo que permitirá, de este modo, hacer predicciones en el comportamiento de las organizaciones. Este ejercicio nos lleva a crear las bases de toda ciencia, en la medida que estas generalizaciones, constituyen leyes, las cuales posteriormente se constituirán en teorías.

La metodología se centra en el ámbito cualitativa. Las técnicas e instrumentos a utilizar son: descripción, documentación, comparación, revisión de expedientes, análisis de documentos.

En este orden de ideas en el capítulo uno presentaré un breve panorama histórico jurídico para luego particularizar sobre el delito de robo de vehículo.

Asimismo del delito de robo, se expone una breve reseña de la historia universal tanto en otras latitudes como en el mundo occidental, abordando los siglos XVI al XIX, sobresaltando las ideas de Beccaria hasta arribar a la perspectiva histórica de México.

Algunos de los textos que fueron de utilidad esencial para desarrollar dicho capítulo fueron el clásico de Bonesana, César; el “Tratado de los Delitos y de las Penas”. También encontramos el libro de Guillén López, Raúl; “Breve estudio sobre los intentos por establecer en México juicios orales en materia penal”.

En el capítulo segundo se realizará un estudio detallado jurídico-penal sobre el ilícito de robo de vehículo automotriz. Me referiré al concepto y definición, naturaleza jurídica, clasificación, elementos del delito de robo en la Teoría del Derecho Penal.

Los autores trascendentales que se ocuparon para elaborar dicho capítulo fueron el clásico de Castellanos Tena, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. También encontramos el libro de García Ramírez, Sergio, “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado”. La aportación de López Betancourt, Eduardo, “Teoría del Delito”. Y la obra de Porte Petit Candaudap, Celestino, “Robo Simple”.

En el capítulo tercero representó el punto nodal de la investigación. En él efectuaré un análisis del injusto penal mencionado con antelación y elaboraré una propuesta para de la desestimación y en su oportunidad eliminación de la fracción VIII del artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, basado en el estudio de resoluciones judiciales (sentencias condenatorias) emitidas por autoridades del Tribunal Superior de la Ciudad de México; para tal propósito consulté los libros de:

Las obras literarias que se consultaron para realizar dicho capítulo fueron el clásico de Abarca Galeas, Luis, “La Función Persecutoria y el *Non Bis In Idem* en el Proceso Penal Acusatorio del Ecuador”. También encontramos el libro de Cabanellas, Guillermo, “Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos”. La aportación de De León Villalba, Francisco Javier, “Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas: Sentido y Alcance del Principio *Ne Bis In Idem*”. Y la obra de Maiber, B. J. “Inadmisibilidad de la Persecución Penal Múltiple (*Ne bis in Idem*)”.

Culminé con algunas reflexiones que intentarán señalar la dirección y las contradicciones de la política legislativa del Distrito Federal, ahora Ciudad de México, en este ámbito de criminalización; así como de las controvertidas resoluciones de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia, ambos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Algunas otras fuentes fueron la doctrina, los principios generales del derecho, los criterios jurisprudenciales, las resoluciones judiciales de los A Quo y Ad Quem, la Gaceta y Diario Oficial ambos de la Ciudad de México, y algunos periódicos.

CAPITULO 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO “NE BIS IN IDEM”.

1.1 ORIGENES DEL PRINCIPIO “NE BIS IDEM”.

Los Principios Generales del Derecho son enunciados normativos que expresan un juicio acerca de la conducta a seguir en cierta situación o sobre otras normas del ordenamiento jurídico. Son postulados básicos que orientan la realización de los valores jurídicos y que tienen el rango de conceptos jurídicos fundamentales. Guillermo Cabanellas, define “*Non Bis In Idem*” como un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo.¹

Para Rafael Márquez Piñero,² con la citada expresión se quiere indicar que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior.

De León Villalba,³ califica el “*Non Bis In Idem*”, o también llamado “*Ne Bis In Idem*”,⁴ como un criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya

¹ Vid. CABANELLAS, Guillermo, “Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos”; Cuarta edición ampliada por Ana María Cabanellas. Buenos Aires, Argentina, Heliasta S.R.L., 1992, p. 175.

² Vid. BARRENA ALCARAZ, Adriana E. y otros, “Diccionario Jurídico Mexicano”; México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994, pág. 2988.

³ Vid. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*”; Barcelona, España, Bosch, 1998, p. 388 y 389.

⁴ Vid. MAIBER, B. J., “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*Ne bis in Idem*)”, Doctrina penal No. 35, 1986, p. 415, nota 1, citada por Francisco Javier de León Villalba. *Op. Cit.* p. 35, nota 8.

cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad, continúa diciendo el referido autor, se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto.

En otras palabras, el “*Ne Bis In Idem*”, garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

El origen o nacimiento del Principio “*Ne Bis In Idem*”,⁵ se puede ubicar en Roma, ya que en los procesos judiciales que se instauraba en esa época, se daba la prohibición de promover un nuevo juicio a través de la promoción de una segunda demanda sobre la misma materia, por la misma o diferente acción, una vez nacida la relación jurídica procesal.

Por otro lado, el contenido inicial de este principio consistía en que una misma acción no podía hacerse valer en dos ocasiones cualquiera que fuese el resultado del primer procedimiento que le fuera iniciado al acusado. Esta prohibición no operaba automáticamente después de la contestación de demanda y fijación de la litis, sino que el demandado debía ejercitarla en vía de excepción.

Esta máxima se desarrolló en la mayoría de los sistemas jurídicos de origen latino o que en un momento dado sintieron su influencia desde su inicio, por la unificación llevada a cabo por el Derecho Canónico y, posteriormente, en el Derecho Español con el Rey Alfonso X y Las Siete Partidas,⁶ así como, con el Derecho Inglés y Alemán, al

⁵ *Vid.* Para saber más respecto al origen y evolución de este principio, se recomienda consultar el capítulo correspondiente en la obra de DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Op. Cit.* p. 31 a 164.

⁶ *Vid.* En el Libro II, título XIV, denominado De los Pleytos que fueren acabados que no sean mas demandados, establecía la imposibilidad de reabrir un nuevo pleito en los casos en que éste fuese acabado y no se recurriese en alzada, o cando uno era vencido por alguna cosa en juicio.

establecerse en el primero, el principio o aplicación de la cláusula “*oublé jeopardy*” o doble juego, y en el segundo, al establecer que quien a otro acusa por una causa que ya antes había sido procesado y condenado, debe someterse a la mejora.

Según el autor español Francisco Javier de León Villalba, la Revolución Francesa introdujo el principio en el artículo 9 de la Constitución de 1791, así como en el Código de Brumario o de Merlin (*Code des délits et des peines* arts. 67, 255 y 426) y en el Código de 1808 (artículos 246, 360 y 359) pero, de todos modos el dato significativo es la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.⁷

No fue sino hasta la Revolución Francesa como se hizo notar el primer cambio en el derecho positivo, al formularse la frase “*Non Bis In Idem*”, respecto de la cosa juzgada, la cual, sería repetida constantemente en leyes posteriores, en el Código de Merlin o de Brumario, el Código de Instrucción Criminal, hasta su reconocimiento e inclusión en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y dentro de los derecho de los ciudadanos “*Bill of rights*”.

Entre los instrumentos internacionales dotados de obligatoriedad jurídica que se preocupan por garantizar la aplicación de este principio, se cuentan, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁸ que en su artículo 14.7 establece que: nadie podrá ser juzgado un sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado

En las Siete Partidas, concretamente en las Leyes XII y XIII recoge en su contenido esencial lo señalado previamente.

⁷ Vid. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “El Principio de Ne Bis In Idem en el Derecho Penal Europeo e Internacional”. Sobre el sentido del axioma *Ne Bis In Idem*”, Universidad de Castilla- La Mancha, Servicio de Publicaciones, 2007, pp. 1 – 23.

⁸ Vid. Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado el 9 de enero del año siguiente, en el Diario Oficial de la Federación, ratificado el 24 de marzo de 1981 y publicados el 20 de mayo de ese mismo año en dicho órgano oficial de difusión.

o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

En México, el primer antecedente de la prohibición “Ne Bis In Idem”, aparece en el artículo 25 del proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 16 de junio de 1856, quedando en forma definitiva en el arábigo 24 de la Constitución Política de 5 de febrero de 1857 y en el numeral 23 de la de 1917, junto con otras dos garantías, de la siguiente manera: “...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...”⁹. Como se dijo, la Constitución mexicana es el instrumento jurídico en el cual se consagra la garantía de que los procedimientos para evitar que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito, sin embargo, para saber cuándo opera esta garantía, es necesario partir de lo que se entiende por “ser juzgado” o “haber sido juzgado”. Por juzgado se entiende a un individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme e irrevocable, o sea, contra la que no procede legalmente ningún recurso.

De lo anterior, se deduce que – única y exclusivamente – cuando en un juicio penal se haya dictado una sentencia en los términos anteriormente señalados, y establecidos en los ordenamientos procesales penales, se actualizará la garantía de seguridad jurídica que se comenta. En otras palabras, el individuo de esta manera condenado o absuelto será el titular de la garantía. En caso de que la sentencia dictada no tenga ese carácter de irrevocabilidad, es perfectamente factible la posibilidad de un nuevo proceso.

⁹ *Vid.* El texto íntegro del precepto referido es el siguiente: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”

Otro de los puntos a aclarar es el alcance de la expresión “delito”. Cuando se habla de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, la referencia Constitucional es al hecho material de la misma. Dicho más claramente, la prohibición subsiste, aunque en el segundo proceso se tipifique o denomine a los hechos en distinta forma. El principio “*Ne Bis In Idem*”¹⁰ no está recogido en nuestro texto constitucional, sin embargo eso no nos exime de su aplicación, como bien sabemos, la existencia de los principios generales del derecho son independientes de la del ordenamiento jurídico. Es decir, los principios se asimilan a un sistema de normas superiores que residen en el derecho natural, (llamados principios supra positivos)¹¹, estos principios nos muestran los valores esenciales, disposiciones generales, finalidades de las leyes, valores tutelados a los que inspira proteger nuestro ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho.

Los principios pueden ser positivizados, en cuyo caso se convierten en derechos fundamentales, es decir cuando su reconocimiento se hace en Tratados Internacionales, Constituciones o Leyes. Los derechos fundamentales que reconoce nuestra Carta Magna, no son un *numerus clausus*, por otro lado el principio “*Ne Bis In Idem*”, está recogido en los tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo el Convenio sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como también en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, al estar estos pactos ratificados por el senado mexicano, los derechos fundamentales contenidos en ellos son

¹⁰ *Vid.* Entiéndaselo como un brocardo jurídico o regla que sirve para llegar a conocer el principio, es decir como medio de inducción a un principio general del derecho. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”, tomo I. 4ª Ed. Madrid. Tecnos. 1982, p. 175.

¹¹ *Vid.* ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984 (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)”. PUCP. 2003, p. 397.

también aplicables, para la defensa de los derechos e intereses de las personas.

El hecho de haberse positivizado este principio, y las amplias perspectivas de su aplicación para proteger a la persona de la doble persecución del Estado, harán que en un inicio se produzca tensión entre la seguridad formal (procedimiento sancionador establecido en la legislación nacional) y la justicia material (fin último del atributo sancionador del Estado), y por tanto, se perciba problemas o conflictos entre la jurisdicción penal y el ámbito administrativo sancionador.

De otro lado, algunos autores utilizan la nominación de “*Non Bis In Idem*”, mientras que otros optan por la expresión “*Ne Bis In Idem*”. Se sostiene que entre ambos términos existen diferencias en cuanto a sus efectos jurídicos. En Perú se optó por denominarlo como “*Non Bis In Idem*”. Buscando definiciones, se encontró conceptos para cada uno de ellos, que a mi entender cumplen la misma finalidad. Por ejemplo, se define al “*Ne Bis In Idem*” como: «Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme de un tribunal penal». Mientras que el “*Non Bis In Idem*”, como «Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito¹²».

De acuerdo a estas definiciones, se entiende que el “*Ne Bis In Idem*” tendría mayor amplitud de concepto, pues habla de «los mismos hechos» mientras que el segundo es más restrictivo, pues sólo se refiere a «delitos¹³»; sin embargo, cuando se analiza las ejecutorias supremas nacionales como internacionales, se observa que ambos

¹² Vid. Juristexto: Expresiones Latinas de Contenido Jurídico. <http://www.juristexto.com>

¹³ Vid. JÜRGEN SCHWABE. “Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán.” Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, p. 405. El principio *non bis in idem* excluye la persecución repetida por un mismo hecho que ya hubiera sido objeto de enjuiciamiento... tiene el carácter de un principio de Derecho Procesal Penal.

conceptos se usan indistintamente, pues sus efectos tienen la misma trascendencia, “no dos veces de lo mismo”.

1.2 MONTESQUIEU, Y BECCARIA.

La metodología de la investigación jurídica tiene diversos principios según la época que se mire. La ciencia jurídica se ha caracterizado como un saber legítimo y magistral cuya función consistía en inscribir las interpretaciones del Derecho en el corpus general. De esta manera adquieren obligatoriedad.

En este periodo la metodología jurídica moderna se caracteriza por el desarrollo de rasgos formalistas. El Derecho Moderno evoluciona como un sistema racional. Esto es, como un sistema diferenciado e independiente de la estructura social que determina su existencia, y al mismo tiempo formal, en tanto que creado y aplicado al margen de factores políticos y sociales. Las transformaciones del Derecho Moderno determinadas por el ascenso de la burguesía y el triunfo generalizado de la burguesía liberal en el ámbito del saber no sólo afectan a su estructura; también exigen el desarrollo de un método racional-formal de aplicación del Derecho.

Para comenzar a analizar la obra del “Espíritu de las Leyes” de Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu,¹⁴ es necesario saber que son las leyes para dicho autor, no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas.

Antes que todas las leyes están las naturales, así llamadas porque se derivan únicamente de la constitución de nuestro ser. Para conocerlas

¹⁴ *Vid.* MONTESQUIEU, Barón de. Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède, “El Espíritu de las Leyes”, Trad. Siro García Del Mazo; Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, pp. 1 - 515.

bien, ha de considerarse al hombre, antes de existir las sociedades. Las leyes que en tal estado rigen para el hombre, ésas son las leyes de la naturaleza.

Las leyes que regulan las relaciones entre los pueblos: es lo que llamamos el derecho de gentes. Considerados como individuos de una sociedad que debe ser mantenida, tienen leyes, que establecen las relaciones entre los gobernantes y los ciudadanos: es lo que llamamos derecho civil.

La obra el espíritu de las leyes de Montesquieu es una obra que trata de la relación con la naturaleza física de los países, cuyo clima puede ser glacial, templado o tórrido; ser proporcionado a su situación, a su extensión, al género de vida de sus habitantes, labradores, cazadores o pastores; amoldadas igualmente al grado de libertad posible en cada pueblo, su religión, a su inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, a su comercio y a la índole de sus costumbre. Por último, ha de armonizarse unas con otras, con su origen, y con el objeto del legislador. Todas estas miras han de ser consideradas.

Examinar todas estas relaciones, que forman en conjunto lo que Montesquieu llamó espíritu de las leyes. Espíritu que consiste en las relaciones que puedan tener las leyes con diversas cosas, he de seguir, más bien que el orden natural de las leyes, el de sus relaciones y aquellas cosas. En esta obra el autor examina ante todo la relación que las leyes tengan con la naturaleza y con el principio fundamental de cada gobierno.

De esta manera, estudiando la simplicidad de las leyes criminales en los diversos gobiernos me di cuenta que los hombres son todos iguales tanto en el régimen republicano como en el déspota: en el primero, porque ellos lo son todo; en el segundo, porque no son nada.

La manera de ejecución en las monarquías, los jueces toman la manera de los árbitros: deliberan justo, se comunican sus pensamientos y se ponen de acuerdo; cada uno modifica su opinión hasta conciliar con la del otro; en todo caso, lo que están en minoría se adhieren al parecer de lo más. Esto no está en la índole de la república. En Roma y en las ciudades griegas, los jueces no se comunicaban entre sí ni necesitaban conciliarse: cada uno emitía su juicio de una de estas tres maneras: absuelvo, condeno, aclárese.

La severidad de la pena, es más propia del gobierno despótico, cuyo principio es el temor, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivamente, el honor y la virtud. En los Estados moderados, el amor a la patria, la vergüenza y el miedo a las censuras son motivos respectivamente que pueden evitar muchos delitos. La mayor pena de una mala acción es el quedar convicto de ella. Las leyes civiles no necesitan pues, ser rigurosas.

Para Montesquieu hay dos géneros de corrupción; el uno cuando el pueblo no observa las leyes, el otro cuando las leyes mismas lo corrompen: mal incurable este último porque está en el remedio. Las eficiencias de las penas más extremas, pueden corromper hasta el propio estado despótico. No se trata de corregir al culpable, sino de vengar al príncipe. Estas ideas provienen de la servidumbre y de que siendo el monarca dueño de todo, casi todos los delitos se cometen directamente contra sus intereses. Se castiga con la muerte, las mentiras, que se dicen a los magistrados, aunque se digan en defensa propia; lo que es contrario a la naturaleza.

Por eso dice Montesquieu que la misma enormidad de las leyes impide su ejecución. Cuando la pena es demasiada, suele preferirse la impunidad. Pasando a analizar el espíritu del senado romano donde el senado creyó que el castigar inmoderadamente sembraría el terror en

los espíritus, sin impedir el mal; su efecto sería que no hubiera persona alguna que acusara ni para condenar, en tanto que proponiendo penas comedidas no faltarían ni acusadores ni jueces.

Las leyes penales de la monarquía se dividieron en tres clases: las que afectaban a las altas personalidades, que no eran muy duras; las que se aplicaban a las de una categoría media, que eran más severas; y las que infligían a las personas inferiores que eran severísimas.

Para una justa proporción de las penas con el crimen es esencial que las penas guarden la armonía que deben tener unas con otras; lo que importa es evitar más bien un delito mayor que otro menor, el más dañoso para la sociedad que lo menos dañoso.

Cuando se ha corrompido los principios del gobierno, las mejores leyes hacen malas y se vuelven contra el Estado; cuando los principios se mantienen sanos, aún las leyes malas hacen el efecto de las buenas: la fuerza del príncipe suple a todo. Cuando una república se ha corrompido, no se puede remediar ninguno de los males originados por la corrupción a menos de atajar y volver a los principios; cualquiera otra corrección es inútil, o un nuevo mal.

Una de las más importantes aportaciones en el ámbito de leyes que hizo Montesquieu fue la división de las tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil.

En virtud del primero, el príncipe o jefe de Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Pero el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga y juzga las diferentes diferencias entre particulares. Se le llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado.

Para Montesquieu la libertad favorece a la naturaleza de las penas y sus proporciones estableció cuatro clases de delitos: los primeros son los perpetrados contra la religión; pertenecen a la segunda clase lo van contra las costumbres; los de tercera contra la tranquilidad; los de la cuarta contra la seguridad de los ciudadanos. La pena que se impone debe ser correlativa, respectivamente.

Por otra parte, en relación con el Derecho Penal Moderno, es generalmente aceptado que: surge a partir de la Ilustración en el mundo occidental, y que uno de sus principales impulsores fue César Bonessana –Marqués de Beccaria- en las repúblicas italianas.

Una de las aportaciones más relevantes de Beccaria en su obra “Tratado de los Delitos y de las Penas”, es la crítica severa al sistema penal de su época y la propuesta de renovación en el régimen; establece en esta obra diversos principios,¹⁵ destacando el de proporcionalidad¹⁶ y el de seguridad jurídica (legalidad).¹⁷ En el primero dicho ilustrado mencionó que la pena debe ser proporcional o acorde al

¹⁵ *Vid.* I) Racionalidad. No al argumento de autoridad. II) Legalidad del Derecho Penal. III) La Justicia Penal debe ser pública y en procesos acusatorios. La tortura y el proceso inquisitivo debe ser eliminado. IV) Igualdad de la aplicación de la ley penal. V) El criterio para medir la gravedad del delito debe ser el daño social producido, no otros criterios. VI) No por ser más crueles son más eficaces las penas. VII) La pena sirve para disuadir a otros a delinquir, no debe ser usada para castigar en exceso. VIII) Rigurosa proporcionalidad entre los delitos y las penas. IX) Supresión de la pena de muerte por ser injusta, innecesaria e ineficaz. X) Siempre es preferente prevenir que penar. BONESANA, César –Marqués de Beccaria-, “Tratado De Los Delitos y De Las Penas”; México, Porrúa, 1997, p. 25.

¹⁶ *Ibidem*, p.25. No solo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.

¹⁷ *Ibidem*, p.23. Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aun lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma parte de un libro público y solemne uno cuasi privado y doméstico.

delito cometido; mientras que en el segundo refirió que las leyes penales deben ser claras y precisas.¹⁸

Para el autor del Tratado de los Delitos y de las Penas, “conocidas las pruebas y calculada la certidumbre del delito, es necesario conceder al reo el tiempo y medios oportunos de justificarse...Más: las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo tanto para la defensa del reo, cuanto para las pruebas de los delitos”.¹⁹

Asimismo Beccaria refiere que: “...probada la utilidad de las penas moderadas en una nación de leyes, que a proporción de los delitos aumentan o disminuyen...”.²⁰

Dicho autor también menciona que: “...Adviértase en un acusado, de quien no conste ni la inocencia, ni la culpa, aunque se haya librado por falta de pruebas, se le debe volver de nuevo a la prisión y sujetar a nuevos exámenes si aparecen nuevos indicios señalados por la ley...”.²¹

De esta manera Bonesana, advierte que: “...Hay algunos delitos que son a un mismo tiempo frecuentes en la sociedad y de prueba difícil; y en estos la dificultad de la prueba tiene lugar de la probabilidad de la inocencia; y siendo el daño de la impunidad de tanta menos consideración cuando la frecuencia de ellos depende de otros principios...”.²²

De igual manera resalta que: “...No se puede llamar precisamente justa (vale tanto como decir necesaria), la pena de un delito cuando la ley no

¹⁸ *Ibidem*, p.25.

¹⁹ *Vid.* BONESANA, César –Marqués de Beccaria-, “Tratado De Los Delitos y De Las Penas”; México, Porrúa, 1997, p. 151.

²⁰ *Ibidem*, p.152.

²¹ *Cfr.* BONESANA, César –Marqués de Beccaria-, “Tratado De Los Delitos y De Las Penas”; México, Porrúa, 1997, p. 154.

²² *Ibidem*, p. 156.

ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo en las circunstancias existentes de una Nación.²³

Nuestro sistema jurídico penal contemporáneo incorpora dichos principios.

Así, el Derecho surge y evoluciona como un sistema racional, diferenciado o independiente de las necesidades económicas que determinan su existencia, y al mismo tiempo formal, en tanto que creado y aplicado al margen de reglas utilitarias o de conveniencia y postulados políticos. El Estado, por medio del Derecho, se limitaría, a ofrecer un marco de interacción racional-formal.

Las funciones que se asignan al Derecho y al estado en la ideología jurídica liberal tendrían como único fin la consolidación y aseguramiento de un marco racional-formal de autonomía protegida. El entramado represivo del derecho estaría encaminado a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social natural y a establecer los procedimientos y las condiciones necesarias para mantenerlo coactivamente.

La equiparación moderna de legitimidad y legalidad exige la preexistencia de una ley general previa que autorice y de razón de cada uno de los actos singulares del poder y la administración del Estado. El formalismo jurídico se convirtió, en producción de normas abstractas y generales susceptibles de garantizar los principios de igualdad formal y seguridad jurídica; capaz de aplicarlas dejando a salvo esos mismos principios.

Las nuevas sendas del Derecho están relacionadas con la utilización del sistema jurídico para intervenir en los sistemas sociales primarios y corregir los desequilibrios existentes o hacer frente a los riesgos

²³ *Ibidem*, p. 160.

sociales. El Estado, por medio del Derecho, fija las líneas de intervención política con fines de integración social y promueve regulativamente los valores e intereses que deban orientar las relaciones sociales.

El Derecho tradicional se estructuraba según las pautas liberales como un Derecho racional-formal encaminado a garantizar un marco general de autonomía protegida. Las funciones del Derecho en este sentido consistían en configurar y facilitar patrones de relación jurídica y los procedimientos necesarios para dirimir los conflictos que pudieran surgir en el cumplimiento de las mismas y, en su caso, aplicarlas coercitivamente. Un marco de autonomía protegida al que los particulares podían o no recurrir voluntariamente a tenor de sus intereses y fines propios. Las normas típicas se caracterizaban, por apelar a un sujeto universal o general y por su contenido abstracto.

El Derecho útil es un Derecho administrativizado. Se trata de un nuevo Derecho compuesto, por normas reguladoras de lo social, esto es, normas que buscan configurar la realidad social de acuerdo con unos determinados intereses y objetivos sociales, y por normas de organización, es decir, normas que atribuyen competencias e instituyen procedimientos, necesarias para la realización de los fines regulativos de un Derecho cuya eficacia exige un ejercicio activo por parte de los poderes públicos.

Lleva a la inversión de la pirámide normativa: en el caos existente, el funcionario aplica lo más concreto, lo que le da pautas precisas de actuación, es decir, la circular, y en lo no previsto, va remontándose hacia lo general (abstracto), pasando por la orden ministerial, el decreto y la ley.

Cuando la intervención social del Estado tiene como fin objetivos redistributivos, las exigencias de abstracción y generalidad no sólo

quiebran en lo que se refiere a la estructura de las normas jurídicas, también lo hacen en lo que afecta al contenido material del Derecho: Las políticas de distribución se basan en los procesos igualitarios de compensar las desigualdades económicas y sociales que se consideran incompatibles con la igualdad “natural” de todos los hombres y que han sido artificialmente producidas por el sistema de mercado. Esto supone que las leyes se vuelven siempre selectivas en relación con los diferentes segmentos de la población y situaciones sociales y de este modo se vuelven concretas y especiales.

Las técnicas del Derecho Administrativo promueven el aumento de la legislación, la particularización y la concreción creciente de las normas que regulan las actuaciones públicas.

El Tribunal Constitucional será el órgano encargado de ir fijando el significado de los fines del Derecho regulativo. Pero la aplicación de éste derecho no es sólo cuestión de jueces, fiscales y abogados, esto es, de los operadores jurídicos tradicionales.

La aplicación del Derecho regulativo exige la colaboración de operadores sociales y, la formación complementaria de los juristas en el terreno de las ciencias del hombre y de la sociedad. La eficacia del Derecho útil no va a medirse en términos de ajuste o de seguimiento estricto de las normas jurídicas; sino en función de conveniencias de todo tipo e intereses políticos.

El método jurídico formalista, pretendidamente orientado a determinar correctamente normas, hechos o resultados, sólo proporciona una extensa y conflictiva gama de racionalizaciones para que los tribunales puedan elegir entre ellas. Sin embargo, a la hora de decidir entre las mismas, juicios sociales y políticos sobre la sustancia, las partes y el

contexto del caso guían tales elecciones, incluso cuando éstos no son explícita o conscientemente el fundamento de la decisión.²⁴

1.3 SÍNTESIS DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA DE 15 DE MAYO DE 2003 AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ahora bien, Estados Unidos está en plena decadencia y Europa dejó hace mucho de ser ejemplo universal. Las guerras ideológicas del siglo XX no han sido menos feroces que las guerras religiosas de otros siglos. La crisis contemporánea es general y la enfermedad mundial es ante todo moral. Grandes grupos de mujeres, minorías raciales, religiosas o lingüísticas siguen siendo menospreciados, hay injusticias, abusos y horrores por doquier y hay que encontrar un camino de salida. México sigue buscando una forma cultural que lo exprese totalmente. Con frecuencia ha vivido su historia como un episodio de la de todo el mundo y ha tenido una particular manera de asumir las formas que la Historia Universal le ha propuesto: Contrarreforma, racionalismo, positivismo, socialismo, pero no puede identificarse del todo con ninguna, pues todas son añadiduras e inoperantes para la realidad actual de México.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (2002), que cambió su nombre por el de Código Penal para el Distrito Federal, el que de junio de 2006, nació con características propias que lo distinguen del Código de 1931.

Incorporó un título preliminar de principios y garantías penales; diseñó una parte general más moderna, apegada a los avances alcanzados

²⁴ Vid. Kairys, “Introduction, en The Politics of law. A Progressive Critique”, 2ª. Ed., New York, Pantheon Books, 1983, p. 4

por la doctrina, en la definición de dolo y culpa, en el tratamiento de la comisión por omisión en la referencia a la necesidad de pena. Rediseñó la sistemática de la parte especial la que inicia con los delitos contra la vida y la integridad corporal; incorporó la protección de nuevos bienes jurídicos, como la libertad reproductiva, y un capítulo dedicado al suministro de medicinas nocivas e inapropiadas.²⁵

Es necesario destacar que durante estos diez años de vida del Código Penal para el Distrito Federal se han publicado sesenta decretos de reforma a su contenido, once de ellos afectaron al título de derechos patrimoniales.

El título décimo quinto del Código Penal para el Distrito Federal, se ocupa de los delitos contra el patrimonio. Este comprende, en sentido amplio, el conjunto de derechos y obligaciones de carácter económico, del que es titular una persona individual o colectiva.²⁶

Las conductas descritas en este título afectan diferentes derechos patrimoniales: posesión, propiedad, derechos de crédito; se protege el derecho de toda persona a que no se alteren en forma arbitraria los distintos elementos de su patrimonio. La lesión de derechos patrimoniales no implica necesariamente la disminución del activo de una persona, pero sí la afectación de los elementos que integran el patrimonio.

“Por ejemplo, puede darse el supuesto que una cosa que sea robada o dañada esté asegurada por una suma mayor al de su valor comercial, sin embargo, el robo o el daño en propiedad, en su caso, afectan el

²⁵ *Cfr.* Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, primer periodo de sesiones ordinarias del tercer año de ejercicio, año 3, número 31, 26 de diciembre de 2002, p. 9. “Se requiere en consecuencia, una reforma urgente que vuelva a considerar al robo específico como una calificativa que impida a los procesados por este delito, obtener su libertad”.

²⁶ *Ibidem*, p. 10.

derecho –a la posesión o a la integridad- que el titular tiene sobre ella.”²⁷

Para proteger los distintos elementos del patrimonio, el Código Penal para el Distrito Federal, vigente, contempla 8 figuras: robo, abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta, despojo, daño a la propiedad, extorsión y encubrimiento por receptación.

Finalmente en el periodo 2008 al 2011 que abarcó reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se incorporaron los derechos humanos y la oralidad en los juicios.

En este sentido, según Octavio Paz, México ha vivido "en la periferia de la Historia", aunque en nuestros tiempos los países que eran el centro de la sociedad mundial también están al margen, ya no hay centro ni modelos, ideas o ejemplos universales y únicos a seguir, cada uno se sitúa ante su realidad a solas.

La regulación del robo en el Código Penal para el Distrito Federal se apega, en lo sustancial, a la del Código Penal Federal. Utiliza la denominación de “robo” para todos los supuestos de apoderamiento de cosa ajena mueble, sea o no con violencia, en contraste con otras legislaciones que reservan tal denominación para los casos en que se utiliza violencia física o moral y encuadran los demás supuestos en el “hurto”.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su texto original, preveía el robo simple (artículo 220), el robo equiparado (artículo 221), y dos artículos (223 y 224) en los que se contemplaban 17 supuestos, en total, de robo agravado. En el artículo 225 se regula el robo con violencia, que el legislador denominó, a partir de 2003, como calificado (artículo 246, inciso –a-) y, en el artículo 226 se precisa que el robo se

²⁷ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, et al (Coords.), “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado”; Tomo II, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 444.

tendrá por consumado desde el momento en que el sujeto activo tenga en su poder la cosa robada.

Es imposible abordar el desarrollo de esta figura en el Código Penal para el Distrito Federal sin hacer referencia a la numeralia que permite un acercamiento a la problemática real de este delito. El robo es el delito más cometido en el Distrito Federal, sin duda aquél que da lugar al mayor número de personas privadas de la libertad.

Según cifras del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, en 2002 se dictaron 9588 autos de término constitucional por robo (9162 autos de formal prisión, 59 de sujeción a proceso y 362 autos de libertad por falta de elementos), mientras que en 2008 los autos dictados fueron 14692 (13508 autos de formal prisión, 66 de sujeción a proceso y 507 autos de libertad por falta de elementos para procesar).²⁸

En 2011, según datos de la misma institución, el 43.3% de los procesados y el 49.9% de los sentenciados en la Ciudad de México fueron por el delito de robo (incluido el robo de vehículo).²⁹ Según una nota de prensa publicada en “El Universal”, en noviembre de 2011, Fernando Olmedo, Subdirector Ejecutivo de Derechos Humanos de la Subsecretaría del Sistema Penitenciario del Distrito Federal, expresó que la mayoría de los internos estaban acusados o se les había comprobado la comisión de robo agravado; alrededor de 23490 personas recluidas por ese delito.³⁰

²⁸ *Vid.*

http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?c=11051.

²⁹ *Vid.*

http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/estd_perspect/df/pers-df.pdf

³⁰ *Cfr.* MORENO, Rafael. “Jóvenes y por robo agravado, la mayoría de los reos en DF”. El Universal, México, D:F., 28 de noviembre de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/primera/38248.html>

En el mismo sentido, una investigación del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP) de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, revela que, en la Ciudad de México, 6 de cada 10 presos, alrededor de 24 mil, cumplen una pena carcelaria por el delito de robo a transeúnte, vehículo, a casa habitación y a negocio.³¹ Estos números exponen, y, a su vez, son explicados por los cinco decretos que, desde la entrada en vigor del Código Penal para el Distrito Federal, en noviembre de 2002, a la fecha han modificado la regulación del delito de robo. Los puntos más destacables de estas reformas son:

- 1) Se deroga, en mayo de 2003³², la primera fracción del artículo 220, que establecía una sanción de 20 a 60 días de multa cuando el valor de lo robado no excediera de 20 veces el salario mínimo o no fuera posible establecer su valor. Al eliminarse este supuesto, todos los robos, aunque la cantidad sea ínfima, daban lugar a pena de prisión y, en consecuencia, a prisión preventiva que se hará efectiva cuando el sujeto no pueda afrontar o no tenga derecho a la caución por no cumplir los requisitos legales.³³
- 2) Se incrementa la punibilidad de la agravante de robo de vehículo automotriz o parte de este, al trasladarse, en 2003,³⁴ del artículo 223, que aumenta en una mitad las penas del artículo 220,; al

³¹ Cfr. SANDOVAL, Francisco, “En DF, 6 mil reos esperan condena por robar mil pesos o menos”, mayo 5 de 2011, <http://www.animalpolitico.com/2011/05/en-df-6-mil-reos-esperan-condena-por-rpbar-mil-pesos-o-menos/-ixzz2DG6vZfgn>

³² Cfr. Gaceta Oficial del 15 de mayo de 2003.

³³ Cfr. El estudio de la CESOP, ya citado, menciona que alrededor de los 24 mil internos por robo, 25% (6 mil) están por robos de menos de mil pesos, 50% (12 mil) por robar entre mil y 6 mil pesos, y 5% (1200) por robos mayores a los 75 mil pesos.

³⁴ Cfr. Gaceta Oficial del 15 de mayo de 2003.

artículo 224, aumenta de 2 a 6 años de prisión las penas previstas en el artículo 220.

- 3) Se incorpora la agravante consistente en que el sujeto activo haya sido o sea miembro de alguna corporación de seguridad pública, aunque no esté en servicio, prevista en la fracción VI del artículo 224; se amplía, en 2003,³⁵ al personal operativo de empresas que presten servicios de seguridad privada, aunque no esté en servicio.
- 4) Se incorpora, en 2004,³⁶ la fracción IX al artículo 224 que agrava el robo en contra del transeúnte, entendiendo por tal a quien se encuentre en la vía pública o en espacios abiertos que permitan el acceso al público. Esta hipótesis ha dado lugar a una interpretación muy amplia por parte de los operadores del sistema, en especial del Ministerio Público, que ha llegado a considerar transeúnte a cualquiera que se encuentre en un espacio de acceso público, incluidos cines y restaurantes.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido delimitando el alcance de este supuesto, retrotrayéndolo a su esencia, que dio lugar a la agravante, la vulnerabilidad de quien se encuentra circulando por espacios públicos, al aire libre, a merced de quien decida agredirlo. Lo cual se aprecia en el criterio jurisprudencial de rubro: “ROBO CONTRA TRANSEÚNTE. LA AGRAVANTE PREVISTA EN LA FRACCIÓN IX DEL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SE ACTUALIZA CUANDO LA VÍCTIMA SE ENCUENTRA EN UN LUGAR TRANSITORIAMENTE O PASA POR ÉL, Y NO CUANDO ESTÁ DONDE SE

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Cfr.* Gaceta Oficial del 4 de junio de 2004.

DESARROLLA SU JORNADA LABORAL AUNQUE SE TRATE DE UN ESPACIO ABIERTO QUE PERMITA EL ACCESO AL PÚBLICO.”³⁷

- 5) En 2003³⁸ se incorpora al artículo 225, que prevé el robo con violencia, un párrafo en el que se equipara a la violencia moral la utilización de juguetes u otros objetos que tengan la apariencia, forma o configuración de armas de fuego, o de pistolas de municiones o aquellas que arrojen proyectiles a través de aire o gas comprimido. Con ello se dio entrada al criterio sostenido por la doctrina y parte de la jurisprudencia, nacional y extranjera, que justifica esta homologación en la facilidad que tiene el activo para hacerse de la cosa, facilidad que se genera a partir del temor del pasivo, que, al creer que está siendo amenazado con un arma, se siente coaccionado a entregar el botín.³⁹
- 6) En junio de 2012 se incorpora la fracción X al artículo 223 que se refiere a vales de papel o cualquier dispositivo en forma de tarjeta plástica, emitido por personas morales, utilizados para canjear bienes o servicios. El legislador ha considerado, según consta en la exposición de motivos del Decreto de reforma, que los vales o tarjetas mencionados son de gran trascendencia para las familias y las empresas, ya que, en su mayoría, forman parte de las prestaciones de los trabajadores; por ello, merecen una protección específica y, por ende, una punibilidad más elevada

³⁷ Cfr. Tesis 1ª./J.108/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXXI, marzo de 2010, p. 740.

³⁸ Cfr. Gaceta Oficial del 15 de mayo de 2003.

³⁹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; *et al.*, *op.cit.*, p. 491.

que la que se aplica al apoderamiento de otros objetos que integran el patrimonio de las personas.⁴⁰

- 7) Cabe destacar respecto de la figura, algunas jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que han contribuido a delimitar el alcance de los preceptos diseñados por el legislador del Distrito Federal, ahora Ciudad de México. Uno se refiere a la concurrencia del robo o, en su caso, la extorsión, con la figura del secuestro exprés: “SECUESTRO EXPRESS. EL HECHO DE QUE SE ACTUALICE ESTE DELITO NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE ACREDITAR EN FORMA AUTÓNOMA LOS TIPOS PENALES BÁSICOS DE ROBO O EXTORSIÓN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)”.⁴¹

Todo indica que este criterio debe seguir vigente, aunque el secuestro exprés ya no esté regulado en el Código Penal para el Distrito Federal, sino en la Ley General para Combatir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El otro criterio que me interesa resaltar es el que considera a la bicicleta como vehículo particular, por lo que se aplica la agravante de la fracción III del artículo 224, que se refiere a que la víctima o el objeto de apoderamiento se encuentre en un vehículo particular o de transporte público. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: “ROBO CALIFICADO. LA AGRAVANTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO

⁴⁰ *Cfr.* Dictamen que presenta la Comisión de Administración y Procuración de Justicia respecto de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se adiciona una fracción X al artículo 223 del Código Penal para el Distrito Federal, 19 de diciembre de 2011.

⁴¹ *Cfr.* Tesis 1ª./J.138/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. México, Novena época, Primera Sala, Tomo XXXI, abril del 2010, p. 318.

224, FRACCIÓN III, DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SE ACTUALIZA CUANDO LA VÍCTIMA SE ENCUENTRA EN UNA BICICLETA”.⁴²

Así como el diverso criterio jurisprudencial de rubro: “ROBO CALIFICADO CUANDO EL OBJETO DEL DELITO ES UN VEHÍCULO AUTOMOTRIZ O PARTE DE ÉSTE”.⁴³

No omito manifestar que las múltiples iniciativas de reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) de fecha doce de diciembre de dos mil siete, presentadas por diputados de distintos grupos parlamentarios es evidente que en cuanto a su contenido sustancial, convergen en la idea de que el sistema de justicia penal mexicano ha dejado de ser eficaz, por lo que urge reformarlo, de manera integral, para devolver a la ciudadanía la confianza en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, recuperando así su objetivo de ofrecer seguridad jurídica a fin de preservar la libertad y tranquilidad de las personas.

Dada la relevancia del tema que nos ocupa, es de suma trascendencia destacar que se llevaron a cabo múltiples reuniones de trabajo con diputados y senadores de todos los grupos parlamentarios representados en el Congreso de la Unión, integrantes del Poder Ejecutivo Federal, académicos y juristas especialistas en la materia, a fin de analizar con minuciosidad cada uno de los factores que componen el sistema de justicia penal, y después de intensas discusiones e intercambios de opinión que sin duda enriquecieron el debate, la conclusión fue una propuesta de reforma constitucional de

⁴² *Cfr.* Tesis 1ª./J.75/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. México, Novena época, Primera Sala, Tomo XXII, septiembre de 2005, p. 209.

⁴³ *Cfr.* Tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en la página 1472, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, junio de 2004, Novena época.

consenso, que intenta recabar las principales coincidencias y preocupaciones de cada uno de los involucrados, a fin de impulsar un cambio estructural en nuestro sistema penal, migrando del actual modelo de tiempo mixto preponderantemente inquisitivo, a uno garantista de corte acusatorio y oral.

En este sentido, cabe acotar que ningún sistema de justicia es totalmente puro, pues debe ser acorde con las exigencias de las sociedades de cada país. En el caso de la propuesta que se plantea, se pretende implantar un sistema acusatorio respetando sus fundamentales principios y características, y adaptado al mismo tiempo a las necesidades inminentes de nuestro país de combatir eficientemente los altos índices de delincuencia que aquejan a la ciudadanía y a la naturaleza de nuestras instituciones, permitiendo con ello su consolidación de manera gradual a la cultura y tradición jurídica mexicana.

El PAN retoma sus propias iniciativas en la materia que datan de 1960. El PRI rescata el planteamiento original de la Constitución de 1917. El PRD y otros partidos de izquierda cuestionan la falta de autonomía del Ministerio Público.

Al final del proceso legislativo, la falta de consenso obedeció a diversos factores, unos coyunturales, como el inminente nombramiento de Consejeros del IFE. Otros estructurales, por el hecho de que la iniciativa contenía elementos controvertidos como el allanamiento judicial, arraigo, extinción de dominio y extradición. El disenso en estos puntos impidió el consenso de la votación final.

1.4 SÍNTESIS DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA DE 18 DE JUNIO DE 2008 A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Son dos, grosso modo, los propósitos que se acometieron cuando la reforma constitucional de 2008 se aprobó: la implantación de un sistema preponderantemente acusatorio, y remarco el adverbio porque ahora se dice que está en vigor un sistema preponderantemente inquisitivo, es decir, no totalmente inquisitivo pero muy cercanamente a ello, pues ahora se ha establecido un sistema preponderantemente acusatorio, porque tiene una o dos instituciones jurídicas que no le permiten ser un sistema absolutamente acusatorio.⁴⁴

La migración de un sistema preponderantemente inquisitivo a uno acusatorio fue uno de los grandes propósitos y motivo de interés dotar al Estado mexicano de instrumentos para combatir con eficacia el crimen organizado.

Una de las características del sistema acusatorio es el respeto a los derechos de las personas, el llamado garantismo, que, como ustedes bien saben, nace como un concepto elaborado y con límites acotados en los años ochenta, al cual Ferrajoli hace importantes aportaciones como respetar los derechos fundamentales de todos, porque a veces se parte de la premisa falsa de que en la medida en que se respeten más los derechos de una de las partes, se dejan de respetar los derechos de su contraparte y viceversa.

Al respecto, la conclusión fue: “es posible respetar los derechos de todos, porque respetar derechos no es generar un régimen de privilegios, sino hacer en un marco de legalidad que una democracia, que un sistema democrático al cual todos nos debemos atener, preponderantemente las autoridades, al principio de legalidad, no haya atropello, no haya menoscabo de los derechos de nadie”.

⁴⁴ *Cfr.* Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso legislativo 18 de junio de 2008), México, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información), Subdirección de Archivo y Documentación, junio de 2008; p. 1–664.

En un sistema de esta naturaleza el imputado no es, como en el sistema preponderantemente inquisitivo, un objeto de investigación, sino un sujeto de derechos y esto es muy importante, porque se da un equilibrio procesal, se establece el trinomio procesal, en donde en un triángulo equilátero figurado, el juez aparece en el vértice de la pirámide y las partes que litigan en término lato, el imputado con su defensor y la víctima con el Ministerio Público en la base.⁴⁵

Por supuesto, se quiere un Ministerio Público fuerte, pero no un Ministerio Público todopoderoso, que se despacha con la cuchara grande; que de acuerdo con el principio de la prueba tasada, que ustedes bien conocen, las pruebas que el Ministerio Público ofrece por sí ante sí, es decir, en ese ejercicio omnipotente de autoridad, sin adversario al frente, insisto, tenga un valor probatorio pleno y el juez tiene prácticamente que echar mano de un trámite procesal.

Pues bien, en esta teoría del garantismo y del funcionalismo, el Derecho Penal debe ser un instrumento de defensa y garantía de todos, debe respetar las garantías y, muy importante, debe ser un Derecho de carácter subsidiario, el llamado Derecho Penal mínimo. El diagnóstico que nos llevó a la convicción de tener que implantar un sistema con las características mencionadas, es de carácter estadístico, más que elocuente.

Si alguna característica pudiéramos atribuirle a las policías de México es que son razonablemente buenas para vigilar, pero muy malas para investigar. Se dice, con cifras de por medio, que si una persona involucrada en un delito no es detenida en las primeras 24 horas después de que ocurrió el ilícito, hay una de cuatro oportunidades de

⁴⁵ *Idem.*

echar mano de él, es decir, que como producto de la investigación se le pueda incoar un procedimiento penal.

Si a esto le sumamos que también uno de cada cuatro delitos que se cometen se consignan, para no hacerles una cuenta larga, estamos hablando de niveles de impunidad de 97%. Estamos hablando de cifras alarmantes, que independientemente de que a veces poco nos digan, han llevado a la gente a un estado de insatisfacción respecto del sistema penal.⁴⁶

Recordemos que sabíamos que la pena y la sanción eran o tenían, entre otros efectos, el de la ejemplaridad y la de generar en la sociedad, de la que la persona involucrada forma parte, una especie de disuasión para la comisión del delito; hoy los altos niveles de impunidad han generado una especie de persuasión, con respecto a que se pueden cometer delitos debido a que la posibilidad de que ocurra una detención o se incoe un procedimiento es prácticamente nula, o para no exagerar, muy remota.

El sistema de estas características tiene algunos principios que abordaré muy rápidamente, echando mano de la teoría del funcionalismo sugerida por Roxin. Uno de ellos es la proporcionalidad, es decir, que la gravedad de la pena sea directamente proporcional a la gravedad del ilícito de la conducta antisocial. Los políticos han echado mano casi indiscriminadamente, del Derecho Penal para responder prácticamente a cualquier antisocialidad.

Otro de los principios de los que está imbuida la reforma es el de lesividad, que clarifica precisamente cuál es el bien jurídico que se tutela; que se pongan en peligro bienes jurídicos relevantes; que no cualquier antisocialidad se pretenda atacar con un delito; que el

⁴⁶ *Idem.*

Derecho Penal, como lo dije antes, sea de última instancia, del que se tiene que echar mano porque cualquier otra rama del Derecho fue ineficaz para llevarlo a cabo.

Otro principio que me parece vital y afortunado que se haya incorporado en la Constitución es el de presunción de inocencia. La propia Corte, intérprete jurídicamente autorizado de la Constitución, decía en una jurisprudencia que el principio de presunción de inocencia está contenido de manera implícita en la Constitución, pero al no haber estado de forma expresa, en la práctica se tradujo en “presunción de culpabilidad”. La persona es culpable, podría frasearse “hasta que no se demuestre lo contrario”, y la primera muestra palmaria de esa afirmación es el exceso, la irracionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar.

Si a esto agregamos que los procesos duraban en promedio 26 meses o más, en lo que se resuelve la situación jurídica de forma definitiva, lo que tenemos es una compurgación anticipada de una pena privativa de la libertad, que quién sabe si llegue, pero mientras llega o no, la persona está presuntamente, o es presunta responsable y está materialmente presa.

Las cifras son más elocuentes que los discursos: de los 210 000 presos en el país, de los fueros federal, estatal, 90 000 están procesados; es decir, no han recibido una sentencia definitiva 90 000 de 210 000. Insisto, están siendo forzados a compurgar una pena que quién sabe si, al final, formalmente les sea asignada. Me parece importante, entonces, que se haya incorporado la presunción de inocencia y hacer que los involucrados en la comisión de un delito vivan normalmente desde la libertad el proceso y no desde la prisión.⁴⁷

⁴⁷ *Idem.*

Ahora bien, llevar este principio de presunción de inocencia al extremo haría que el involucrado en cualquier delito viviera desde la libertad el proceso. Por otro lado, habría que hacer una lista breve de lo que hoy conocemos como delitos graves y preguntarnos: ¿cuáles son esos delitos en cuyo caso las personas involucradas tendrán irremediablemente que vivir el proceso desde la prisión?

En los casos que no están en esta lista, habrá un arbitrio judicial, para que el juez de Control determine si esa persona, no habiéndosele imputado uno de estos delitos, sino cualquier otro, pero que se trata de un delincuente reincidente o de uno habitual, pudiera, eventualmente, ser forzado a vivir el proceso desde la prisión.

Un dato adicional que tiene que ver con la prisión preventiva y con este mecanismo obsoleto de acometer los retos de la justicia es el siguiente: de los 90 000 a los que hice referencia, de los 90 000 procesados, 74 000 lo están por delitos patrimoniales menores de 5 000 pesos. Es decir, el sistema se ha vuelto paradójicamente injusto pues es un sistema que criminaliza a la pobreza; repito 74 000 de esos 90 000 presuntos responsables son procesados por delitos patrimoniales menores de 5 000 pesos.⁴⁸

Otra de las características del sistema del que estamos hablando es justamente la oralidad, cuyo abuso mediático llegó a asociarse con el todo del sistema. La oralidad es una de las características, por supuesto, vital, pero no la única en un asunto de esta naturaleza, que abona a la concentración y la continuidad de los juicios y fortalece la inmediación.

Parece entonces que la oralidad, adicionalmente a darle celeridad y evitar la opacidad, contribuye a otro de los principios de reciente cuño

⁴⁸ *Idem.*

en la sociedad mexicana, que es el de la transparencia y la rendición de cuentas, del que las autoridades judiciales no tienen por qué verse excluidas. Los medios alternativos de solución de controversias, o la justicia alternativa, no ameritan ya mayor explicación.

Me parece importante destacar, que más que querer hacer de la ley un ejercicio de culto, lo que tenemos que hacer es generar un sistema eficaz que arregle problemas, no que se saque 10 en el cumplimiento puntual de una serie de formalidades a las que somos bastante afectos los abogados.

Tres cosas más, un Ministerio Público —retomo el tema del trinomio procesal de la pirámide—, que nadie quiere débil, pero tampoco omnipotente; un Ministerio Público que debe abandonar la participación protagónica que corresponde al Poder Judicial, a los jueces; un Ministerio Público que debe saberse bajo la autoridad del juez de Control, que verificará la recta conducción del juez y eventualmente proveerá o resolverá la solicitud de medidas cautelares que el Ministerio Público solicite.

Poco se lograría de este trinomio o poca efectividad habría si no se completa el fortalecimiento del Ministerio Público con el fortalecimiento de la defensa técnica, una defensa, subrayo, fundamentalmente pública conocida hoy como defensa de oficio; es decir, la defensa técnica es muy buena si se acude a un abogado de polendas, pero tendrá que ser igualmente competente de recurrir a la defensa pública pagada con el erario público, cuyos salarios se homologan, además, con los de los agentes del Ministerio Público, para fortalecer así la igualdad procesal.

“Más derechos para las víctimas” algo que no recuerdo si alguien dijo de manera puntual es que la víctima puede impugnar de manera más rápida y eficaz una disposición o una decisión del juez que le afecte. También puede acudir en ejercicio de acción penal privada al juez. No

está literalmente dicho en la reforma sobre los delitos de carácter patrimonial, de delitos por querrela, pero seguramente lo definirá la ley.

Los dos temas adicionales a los que me quiero referir son:

1) la instrumentación del sistema; este es un sistema complejo que requerirá, entre otras cosas, un proceso de reeducación jurídica, una proa, eso que entrañe la capacitación de capacitadores, un proceso que demanda entrega de recursos, un proceso, en fin, lo entendemos todos y mucho más los jóvenes, un cambio no de software sino de hardware jurídico; es un asunto que va a obligar a un cambio de mentalidad y de actitud y que lo vínculo con otro tema;

2) no sólo se requiere la comprensión cabal del sistema, se requiere voluntad política, que para un abogado riguroso parecería un asunto secundario, pero no lo es, porque acaba siendo la envoltura o el canal o las márgenes de este río proceloso en el que seguramente han de acontecer muchas cosas.

1.5 SÍNTESIS DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE 5 DE MARZO DE 2014 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Sistema Acusatorio	Sistema Inquisitivo Escrito
Presunción de inocencia como norma.	Violaciones sistemáticas a la presunción de inocencia.
Juez presencial; ambas partes exponen verbalmente.	Expediente de escritos; mayor valor probatorio por parte del ministerio público.

Imputado como sujeto de derechos a quien se le escucha para ser juzgado.	Imputado como objeto dentro del sistema, juzgado a través de documentos.
Información de los procesos valorada directamente por el juez.	Valoración de la información de escritos por parte de escribientes y secretarios.
Participación activa del acusado y la víctima.	Confesión ante agentes investigadores con mayor valor probatorio.
Racionalización de la prisión preventiva.	Generación automática de la prisión preventiva.
Salidas alternas a juicio.	Inexistencia de la conciliación entre las partes, sin salidas alternas.
El juez de Control o Garantías es distinto juez de Juicio Oral, este último sin conocimiento previo sobre el caso.	Juez único para todo el proceso.
Juicios regidos por oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y continuidad.	Escritos cerrados.
Juicios ordenados y breves.	Juicios lentos e informales.
Incentivación y reglamentación de la actuación científica y profesional de las partes.	Investigación basada en el escrito del ministerio público como palabra predominante y prácticamente absoluta.

En medio del debate público generado por el documental “Presunto culpable”, y el diagnóstico del sistema de justicia penal mexicano presentado en la cinta, “Animal Político”, ofrece cinco puntos esenciales para conocer, a grandes rasgos, el proceso de reforma en esta área.

Las razones de la reforma constitucional en materia penal,⁴⁹ fueron sustentadas en lo siguiente:

*En México, 92% de las acusaciones carecen de evidencia física, se sustentan en lo que dicen los testigos oculares.

*80% de las sentencias son condenatorias a nivel nacional y, 95% en la Ciudad de México.

*41% de los presos son torturados por la policía y el 93% nunca vieron una orden de aprehensión cuando fueron detenidos.

*El 93% de los acusados nunca ve al Juez.

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia penal que fue aprobada por el Congreso de la Unión, por la que se reformaron diversos Constitucionales relativos a la regulación del proceso penal, con la finalidad de establecer un sistema acusatorio en el que se respeten los derechos de la víctima u ofendido, y del imputado.⁵⁰

Ante ello, el 2 de octubre de 2012, presente una Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el nuevo Código Federal de Procedimiento Penales,⁵¹ a fin de atender lo dispuesto por la referida reforma constitucional, buscando con ello instaurar un procedimiento regido bajo el sistema acusatorio y privilegiando los principios de

⁴⁹ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga; “La Reforma Constitucional en Materia Penal. Jornadas de Justicia Penal”; México, UNAM-INACIPE, 2009, pp. 1-27.

⁵⁰ Cfr. Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008.

⁵¹ Cfr. Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales. Pablo Escudero Morales, Senador de la LXII Legislatura del Honorable Congreso de la Unión.

publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con un carácter de la oralidad que ayudará a fomentar la transparencia y agilidad de los procesos, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes.

Esta Iniciativa fue turnada por la Mesa Directiva a las Comisiones Unidas de Justicia, de Anticorrupción y Participación Ciudadana y de Estudios Legislativos, Segunda; por lo que a partir del 6 de marzo del presente año, se dio inicio a la celebración de las audiencias públicas convocadas por Comisiones Unidas, a efecto de enriquecer el trabajo legislativo con opiniones técnicas y la participación de expertos, autoridades, profesionales, académicos y en general representantes de la sociedad civil.

En las distintas audiencias prevaleció la preocupación de la mayoría de los participantes, relativa a la necesidad de elaborar un ordenamiento procesal penal único, que regulara un sistema de justicia de corte acusatorio adversarial, permitiendo la subsistencia de los aparatos locales de procuración y administración de justicia, junto con los federales, aplicando todos los distintos órganos jurisdiccionales, el mismo código mediante reglas claras de competencia y logrando la unificación del proceso penal en el Estado Mexicano.

Ahora bien, en la reforma constitucional citada, se indicó la obligatoriedad de implementar un sistema acusatorio adversarial en el territorio nacional, y de conformidad con lo expresado en el apartado de Seguridad y Justicia, del Pacto por México, en cuanto a la aprobación de “un Código de Procedimientos Penales Único para todo el país, con la finalidad de establecer elementos procesales homogéneos y congruentes con el establecimiento de un sistema penal acusatorio y oral”, es imprescindible para el interés de esta Nación expedir un nuevo Código de Procedimientos Penales que, además de velar por la

transición de un sistema persecutorio-inquisitorio a un sistema acusatorio, unifique los distintos instrumentos procesales vigentes en el país, en un solo código que evite la diversidad de criterios y mecanismos en la impartición de justicia y con total apego al respeto de los derechos humanos.

Adicionalmente, en este código se propone que las policías preventivas tengan la facultad de investigación bajo la conducción y mando del Ministerio Público, lo que advierte una necesaria profesionalización de los elementos policíacos en el ámbito de la investigación del delito; a su vez, el Ministerio Público llevará la conducción de las investigaciones bajo la supervisión y autorización de un Juez de Control, quien será el encargado de aprobar y dar seguimiento de las diligencias y medidas cautelares necesarias para la investigación de los delitos

El Juez de Control será quien esté a cargo, desde la presentación del imputado, durante la investigación por parte del Ministerio Público, la formulación de la acusación y hasta el auto de apertura del juicio oral, el cual será llevado a cabo por otro Juez distinto; y en el momento en que el inculcado sea designado al Juez de Juicio Oral, el Ministerio Público dejará de ser investigadora para convertirse en acusadora.

El Juicio Oral, aunque se prevé que sea más corto en su sustanciación, no será menos eficiente, ya que éste sólo versará en el desahogo de pruebas y alegatos de las partes, de forma verbal y protegiendo en todo momento la presunción de inocencia, lo que dará como resultado que tanto la víctima como el Ministerio Público sean los obligados de probar la culpabilidad del imputado.

El Código Único de Procedimientos Penales, representa el instrumento con el que se dará cumplimiento a los objetivos establecidos en la reforma constitucional, mediante la homogeneidad del proceso penal en México, poniendo en marcha los mecanismos alternativos de justicia a

nivel nacional, otorgando una plena certeza jurídica y respetando los derechos fundamentales, tanto de las víctimas como de los imputados, con la finalidad de que en todo el territorio se aplique sin distinción el mismo modelo procedimental para la impartición de justicia de una manera imparcial, ágil, transparente y eficaz.

Posterior a ello el 5 de marzo del 2014 se publicó el Código Nacional de Procedimientos Penales,⁵² y el 29 de febrero del 2016 entró en vigencia.⁵³

⁵² Cfr. Diario Oficial de la Federación de 5 de marzo de 2014.

⁵³ Cfr. Declaratorias de inicio de vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales en las Entidades Federativas. Artículo segundo transitorio.

CAPITULO 2 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DEL DELITO DE ROBO DE VEHICULO.

En el presente capítulo nos ocuparemos de definir y explicar, los conceptos de Funcionalismo, del Principio de Derecho Sancionador “Ne Bis In Idem”, y del robo. Asimismo analizaremos el delito de robo de vehículo automotriz conforme a la teoría heptatómica del delito, resaltando tanto sus elementos positivos como negativos. Finalmente culminaremos este apartado con una panorámica del delito de robo de vehículo a partir de los criterios jurisprudenciales.

2.1 FUNCIONALISMO Y ROXIN.

Claus Roxin es el principal representante del funcionalismo moderado social sistemático, cuyo método se caracteriza porque reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho Penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político criminal.

Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma. La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.⁵⁴

⁵⁴ *Vid.* DIAZ ARANDA, Enrique. “Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal. Problemas actuales de política criminal. Claude Roxin”, México, UNAM, 2002, p. 89 – 104.

El tratadista Claus Roxin en su obra “Derecho Procesal Penal” distingue claramente que el Derecho Penal material, cuyas reglas fundamentales están contenidas en el Código Penal, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho. “Para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica es preciso que ellas no permanezcan solo en el papel, en caso de que se cometa un delito – dice Roxin-. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y en su caso, pueda ser determinado e impuesta la sanción prevista en la ley”.

De lo que se colige que siendo el derecho de penar atribuido al Estado, las normas procesales justifican este cometido dentro del procedimiento penal. Por ello, el propio Roxin, figura cumbre de la dogmática, jurídico penal contemporánea, asegura que el fin del proceso penal tiene naturaleza compleja la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. “Todas estas exigencias – opina Roxin - son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho”.⁵⁵

Roxin parte de cuatro tesis, las cuales son las siguientes:

- 1) Las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.

⁵⁵ Vid. ROXIN, Claus. “Derecho Procesal Penal”, Argentina, Editores del Puerto, 2003, p. 4. Cree Roxin que la realización del Derecho Material como uno de los fines esenciales del proceso penal no es posible sin una administración de justicia penal funcionalmente eficiente; un Estado en el cual el Derecho Penal no ofrece una protección efectiva ya no sería Estado de Derecho.

- 2) Las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad.
- 3) La prevención es más efectiva que la pena.
- 4) El sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo.⁵⁶

Asimismo, tenemos que el autor Díaz Aranda Enrique en su obra “Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal”, cita y comenta que Roxin menciona lo siguiente: “...Desde mi punto de vista, las penas rigurosas —sobre todo las privativas de libertad— son en verdad imprescindibles para los delitos capitales; pero no son un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante.”⁵⁷

Limitándonos al Funcionalismo en el Derecho Penal; podemos comenzar diciendo que entre los años de 1930 y 1940 tuvo su cauce con una tendencia valorativista, pero que su mayor auge se dio a mediados de los años de 1960 en adelante (aproximadamente); este nuevo esquema tuvo como rigidez al presentarse los conflictos generados entre los esquemas causalistas y finalistas. Reyerta que se originó a partir de cual esquema era más apto para la teoría del delito; pendencia que fue aprovechado por el funcionalismo penal para establecer sus derroteros y desarrollar así sus ideas ampliamente.⁵⁸

Este pensamiento generó nuevos conceptos, reubico nociones anteriores, replanteó todas las categorías dogmáticas, orientado a partir

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Vid.* ROXIN, Claus. “Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal”; Trad. Muñoz Conde, Madrid, España, Reus, 1981, pp. 93 – 146.

⁵⁸ *Vid.* ARIAS EIBE, Manuel José. “Funcionalismo penal moderado o teleológico valorativo versus funcionalismo normativo radical”; DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006, pp. 439-453

de la funciones de los fines de la pena, erigiendo un sistema abierto por un lado y un sistema cerrado por otro,⁵⁹ dirigido a trabajar nuevas realidades y pensamientos del Derecho Penal; por sus resultados y sus consecuencias. Entendiendo al sistema abierto en lo que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición, por lo que quiere decir que el tipo aún no es indicio del injusto; como pasa en el sistema cerrado que se complementa el tipo (clase) de injusto; en el sistema abierto por el contrario el injusto sólo puede comprobarse desde la perspectiva de la antijuridicidad mediante la verificación positiva de elementos especiales de este.

Tras las disputas dadas por los esquemas causalistas y finalistas, el Funcionalismo quiso hacer un cambio en el Derecho Penal midiéndose por sus consecuencias, para ello adaptando motivos de prevención general o bien por motivos de prevención especial; esta finalidad preventiva fundamentada en la necesidad de la pena. Por otro lado, el Funcionalismo también adoptó los motivos de la prevención general (positiva), en reducir los objetivos legítimos de la prevención general a la denominada prevención-integración, con esto lo que se busca es estabilizar en la ciudadanía la confianza en el ordenamiento jurídico, perturbada con la conducta delictiva.

Entonces, hablamos de un funcionalismo moderador, limitador, valorativo, teleológico o político-criminal de Claus Roxin, mismo que aprovecha e implementa sus ideas en Múnich; y se pregunta: ¿Hacia dónde va orientado el derecho penal? ¿Para qué sirve? y ¿Qué función cumple el Derecho Penal?

El Derecho Penal había perdido su autodefinición, tampoco se sabía para qué servía la pena y el por qué servía la pena; aún menos se

⁵⁹ Se plantea así que el sistema abierto es el propuesto por Roxin y el cerrado por Jakobs.

concebía de la orientación de esta, o que destino y finalidad cumplía la política criminal.

Es por eso que el emérito profesor Roxin toma sus criterios desde una perspectiva valorativista, neokantiana y de un sistema abierto, trata de modificar las estructuras del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) retomando cada estructura para que vaya orientada hacia los nuevos desafíos del Derecho Penal; hacia una política de Estado coherente a las necesidades del presente. Por cierto ese Estado que mencionaba Roxin debe ser un Estado de derecho, basado en principios constitucionales (de allí su limitación). De aquí surge la idea del Funcionalismo Moderado, en que toda estructura del delito debe ir encaminado hacia un propósito, en el que no puede separarse de la política criminal,⁶⁰ del Estado con la Constitución y el bloque de constitucionalidad que ella integra y en tal caso ningún principio debería ir en contra de esta.

Surge posteriormente el concepto del bien jurídico tutelado concepto ligado a la política criminal y a la Constitución, que como hemos dicho, ese bien jurídico tutelado Roxin lo asemeja a los derechos fundamentales creados en la Constitución, por eso podemos decir que nuestro Código Penal del 2000, está relacionado con las ideas proferidas por Roxin.

Otra de las ideas preconizadas por Roxin es el concepto de la imputación objetiva, que originó una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el Derecho Penal. La estructura planteada por Roxin complementa de cierta forma el tipo objetivo; otra idea que organiza es el binomio culpabilidad-prevención.

⁶⁰ Vid. ROXIN, Claus, “Política criminal y sistema del Derecho Penal”; Buenos Aires, Hammurabi, 2002. Versión en línea: <http://es.scribd.com/doc/6908461/Roxin-Claus-Politica-Criminal-Y-Sistema-del-Derecho-Penal>

La culpabilidad como máxima exigencia del estado ciudadano que solo se puede desarrollar como se dijo anteriormente desde la óptica política criminal basada en la función preventiva de la pena.

De este modo la responsabilidad o culpabilidad lleva consigo la necesidad preventiva de la pena general y especial, que es indispensable para imponer la pena no como fundamento sino como límite de ahí el Funcionalismo Limitador, que se puede dar la no exigibilidad de otra conducta (excluya); ahora, lo importante no es actuar de otro modo, sino la necesidad preventiva *de pena* que es lo más importante en el esquema de Roxin, que es necesario imponerse al procesado. Así que responsabilidad (necesidad de pena) y culpabilidad debe ser tomado en sentido material y no solamente la culpabilidad que se deduce de la Ley.⁶¹

En suma, se es responsable, si y solo si: Hay injusto y culpabilidad (entendida esta como auto control, donde tenía una conducta alternativa conforme a derecho y no lo hizo) y si por razones preventivas de pena se toma evitable el castigo, que es llamada necesidad de pena.

Así para Roxin la acción es entendida como psíquico-espiritual, como centro anímico espiritual de la acción; en sencillas palabras se habla de una manifestación de la personalidad.

Como se ha dicho *ut supra*, lo principal de este esquema es que debe estar relacionado a pautas políticas criminales; así la tipicidad recoge la acción, también la imputación objetiva dentro del tipo, como la

⁶¹ Resulta todavía discutible si la punibilidad es o no ingrediente de la definición del delito o simplemente su consecuencia... un principio de culpabilidad estrictamente desenvuelto, exige que el autor sepa de antemano que con su conducta se expone a una pena, de tal modo aparezca como consentida por él. *Cfr.* FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, “Derecho Penal Fundamental: Vol. I”; Bogotá, Temis, 1986, p. 362 – pero ahora con una orientación político criminal, en consideración a que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados a las función del Derecho Penal.

antijuridicidad (tipo total) y se habla además de necesidad de pena, así sólo las acciones pueden ser típicas, complementándose; sin restar con el principio de la culpabilidad. De esta manera coincide el injusto con el tipo y los efectos de punibilidad orientados con la prevención general positiva y preventiva especial, que es la función del Derecho Penal.

Cuando se habla de injusto no se habla de antijuridicidad propiamente dicho, aunque se integre en tipo sistemático o total de la teoría del delito de Roxin, porque bien este último se predica de todo el ordenamiento jurídico y no del Derecho Penal,⁶² así el Injusto (contiene acción y tipo), solo de acciones típicas pueden ser injusto penal, desde aquí se mira las permisiones y las prohibiciones.

Lo importante de resaltar el injusto desde la política criminal es porque soluciona colisiones de los intervinientes, sirve de enlace de las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; entrelaza el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra las valoraciones decisivas lo que permite recoger todas la causales de justificación del ordenamiento jurídico.⁶³

2.2 PRINCIPIO DE DERECHO SANCIONADOR “NE BIS IN IDEM”.

El principio “*Ne Bis In Idem*” tiene efectos muy concretos en el proceso penal. El primero de ellos es la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave. Por

⁶² Vid. VELÁSQUEZ, Fernando. “Manual de Derecho Penal: Parte general”, Bogotá, Ediciones Andrés Morales, 2010, p. 295-296.

⁶³ *Idem*.

imperio de este principio de “*Ne Bis In Idem*”, la única revisión posible es una revisión a favor del imputado.

Ne Bis In Idem, significa que: “Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme de un tribunal penal”. Bajo la designación romano canónica “*bis de eadem res ne sit action*” o abreviadamente, “*Ne Bis In Idem*”, o entendida como una simple derivación de la máxima “*res judicata pro veritate habetur*”, significa literalmente dos veces por la mismas causa.

Se define “*Ne Bis In Idem*” como “Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme en un tribunal penal”.

De esta manera, el Derecho Sancionador ha de elaborar en este punto una dogmática propia, aunque se encuentre inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada. Dogmática que habría de girar fundamentalmente sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas. Sin olvidar, por último, que el distanciamiento de las técnicas procesales es tanto más necesario en cuanto a que **en el Derecho Sancionador el “*Ne Bis In Idem*” opera incluso para dos sanciones, es decir, sin que medie sentencia ni cosa juzgada.**⁶⁴

En esta búsqueda de soluciones mejores se ha pensado también explicar esta figura jurídica no desde una perspectiva procesal (como es el caso de la cosa juzgada), sino normativa, de tal manera que la regla del “*Ne Bis In Idem*” sería simplemente el resultado de un concurso de leyes, tratamiento que ofrece la ventaja adicional de contar con una

⁶⁴ Vid. CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”, Revista de Administración Pública, N° 156 (2001), pp. 191-249. “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 15 (2011), pp. 139-169.

teorización bien conocida respecto a los criterios y principios en la solución de conflictos de normas.

En efecto, si existe la posibilidad de una pluralidad de sanciones por un solo hecho, ello es consecuencia obviamente de que existe una previa pluralidad de tipificaciones infractoras del mismo, porque, si sólo existiera un único tipo normativo, es claro que sólo podría haber una sanción.

Vistas así las cosas, la cuestión de la pluralidad de sanciones se podría reconducir a la de pluralidad de infracciones y, como éstas tienen que estar tipificadas en una ley previa, en último extremo, pudiéramos situarnos ante la vieja cuestión del concurso de normas.⁶⁵

En otras palabras, la concurrencia de normas sancionadoras de un mismo hecho significa que éste es sancionado por dos fundamentos o causas distintas, lo que se conecta, en último extremo, con el bien protegido, ya que para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.

En las condiciones relatadas, algunos doctrinistas refuerzan esta postura al establecer que el artículo 23 constitucional o el principio “*Ne Bis In Idem*”, prohíbe que un mismo delito —hecho—, sea doblemente sancionado, no que sea tipificado doble, triple o “n” cantidad de veces.

⁶⁵ *Vid.* Entre los principios que sirven de base para dar solución al conflicto de normas están los siguientes: especialidad, consunción o absorción, subsidiariedad, alternatividad, cronológico, jerárquico y, favorable.

En otras palabras, el ámbito propio de acción del mencionado principio lo constituye la sanción y no la infracción en sí misma.⁶⁶

2.3 ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE ROBO DE VEHICULO.

Partiendo de la premisa que el delito de robo de vehículo es un tipo complementado⁶⁷ y no básico o fundamental,⁶⁸ es necesario realizar una ubicación sistemática del mismo tanto en los textos doctrinarios como en el ordenamiento jurídico mexicano. Es decir, emprendí el estudio analizando primeramente el delito de robo en su acepción general para aterrizar a la especialidad en estudio: el delito de robo de vehículo.

El Código Penal de 1929, conservó la deficiente denominación “Delitos Contra la Propiedad”, despreciando la elemental observación positiva de que esos delitos no se realizan contra una simple instrucción jurídica abstracta, la propiedad, sino se vierten concretamente en contra de las

⁶⁶ *Cfr.* A este respecto, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió esta dicotomía de criterios al emitir la Tesis de Jurisprudencia P. LX/96 que dice: “RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TITULO CUARTO CONSTITUCIONAL.- De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A). La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; B). La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito; C). La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y, D). La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales.”

⁶⁷ *Vid.* Son los tipos que se derivan de los básicos, pero a su vez incluyen elementos propios que le dan autonomía y vida propia.

⁶⁸ *Vid.* Son aquellos que sirven de base para lograr un correcto estudio dogmático, y de los cuales se derivan otros con el mismo bien jurídico tutelado.

personas, lesionando sus derechos patrimoniales.⁶⁹ Son derechos patrimoniales todos aquellos relativos al patrimonio, y, se dividen en reales y personales. Los primeros se refieren a la facultad de disponer inmediatamente sobre un bien mueble e inmueble; y los segundos aluden a la posibilidad de exigir una prestación de otra persona.⁷⁰

La doctrina la denominó “deficiente” debido al análisis unidisciplinario que del mismo se realizó, al no abarcar aspectos económicos, políticos y jurídicos. En la doctrina italiana Francesco Carrara nos dice que el patrimonio natural del hombre es el conjunto de todos los bienes que como individuo le pertenecen, es decir: vida, salud, libertad, hacienda, honor, derechos de familia. Asimismo, se llama patrimonio político el que corresponde al hombre en cuanto es miembro de una sociedad civil, la cual está constituida para el único fin de darle los bienes de la seguridad y del sentimiento de seguridad.⁷¹ En el ámbito económico, recibe el nombre de patrimonio el conjunto de bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades.⁷²

En un sentido jurídico general patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valiables.⁷³ Mariano Jiménez Huerta considera que este concepto patrimonio tiene su cuna en el Derecho Civil y que se entiende por éste en el Derecho Privado, a la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria, pertenecientes a una persona. El concepto se

⁶⁹ Vid. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Comentarios de Derecho Penal”; México, Porrúa, 1989, p. 13.

⁷⁰ Vid. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “Delitos en Particular”, Tomo I; México, Porrúa, 1997, p. 239

⁷¹ Vid. CARRARA., Francesco, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo I, Colombia, Temis, 1966, p. 95.

⁷² Vid. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Delitos Contra el Patrimonio”; México, Porrúa, 1999, p. 14.

⁷³ *Ibidem*, p. 13

forma pues por elementos pasivos y activos; y se denomina patrimonio neto a lo que resta de activo cuando se ha deducido el pasivo.⁷⁴

El concepto de patrimonio que interesa para el tema en estudio, es el del ámbito penal, ya que éste, penalísticamente cuenta con un sentido distinto y una mayor amplitud que en el Derecho Privado. Un sentido distinto, pues la tutela penal contenida en los artículos del Título denominado “Delitos Contra las Personas en su Patrimonio”, se proyecta rectilíneamente sobre las cosas y derechos que integran el activo de la concepción civilista, sin que deje huella en la tutela penal aquel plexo de relaciones jurídicas activas y pasivas que constituye, según el Derecho Privado, la idea de patrimonio. Una mayor amplitud en tanto que la común doctrina privatista considera que en la noción de patrimonio entran solo las cosas o derechos susceptibles de ser valoradas en dinero, la tutela penal del patrimonio se extiende también a aquellas cosas que no tienen valor económico.⁷⁵

Es así que, el patrimonio dentro del ámbito penal está constituido por cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular,⁷⁶ comprende todos los bienes muebles o inmuebles, propiedad de un individuo.⁷⁷

Es hasta el Código Penal de 1931 donde finalmente se establece la denominación “Delitos Contra las Personas en su Patrimonio”. Esta comprende los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, despojo de bienes inmuebles o de aguas y de daño en propiedad ajena.⁷⁸ La doctrina considera que la denominación es certera y clara, ya que nos

⁷⁴ Vid. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “Derecho Penal Mexicano”, Tomo II, México, Porrúa, 2000, p. 9.

⁷⁵ *Ibidem*, p.10.

⁷⁶ Vid. LÓPEZ BETANCOURT, *Op. Cit.* p. 239.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 240.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 242.

recuerda, que las personas tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas, y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino, en general, la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona.⁷⁹

Francisco González de la Vega al respecto nos comenta: no sólo se ataca el derecho de propiedad, en la aceptación del Derecho Civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y aún la mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico.⁸⁰

Para agrupar o clasificar los delitos contra el patrimonio, por lo general se siguen los criterios siguientes:

- a) Atendiendo a la naturaleza de los bienes muebles, inmuebles y semovientes: Los clasifica en robo, hurto, abuso de confianza, fraude, en cuanto se trata de muebles, los bienes sobre los que recae la acción criminosa; o en despojo, fraude y daño si los bienes son inmuebles. Este punto de vista se apoya en el mayor o menor peligro que entraña la lesión al derecho sobre tales bienes y en el grado de maldad con que tales hechos se cometen.⁸¹

Sin embargo, existen fuertes críticas en torno a este grado de clasificación, ya que hay quien considera que en aquellos delitos que, como en el robo, se tutela la posesión de las cosas muebles, la acción antijurídica lesiva de dicho bien jurídico, esto es el daño patrimonial que la conducta produce, puede recaer no sólo sobre las cosas que tienen

⁷⁹ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Op. Cit.* p. 153.

⁸⁰ Vid. JIMÉNEZ HUERTA, *Op. Cit.* p. 12.

⁸¹ Vid. PAVÓN VASCONCELOS, "Delitos Contra el Patrimonio", *Op. Cit.* p. 25.

un valor de cambio o económico, sino también sobre las que únicamente lo tienen de pura afección, pues tanto en un caso como en otro se ha lesionado un bien jurídico del patrimonio en la forma concreta en que el delito de robo es protegido.⁸²

- b) Atendiendo al fin perseguido por el delincuente: De acuerdo a este criterio, los delitos se clasifican en: robo, hurto, usurpación y estafa si se atiende al ánimo de lucro, y en delitos de incendio y daños, por cuanto al móvil de venganza. La base de esta clasificación la constituye el idéntico tratamiento dado por la ley respecto a la punibilidad de la acción delictuosa patrimonial, con indiferencia del ánimo específico del agente.⁸³

Sin embargo, la anterior clasificación, en palabras de Pavón Vasconcelos, resulta inadmisibles por atender a un factor de carácter subjetivo que en nada interesa respecto a la estructura de los tipos. En el robo, en el abuso de confianza y en el fraude, aunque de común se manifieste el ánimo de lucro, puede darse igualmente el móvil de venganza.⁸⁴

- c) Atendiendo a la violación del nexo patrimonial o al ataque que comprende igualmente a otros bienes jurídicos: Aquí los delitos se dividen en simples si únicamente violan la relación patrimonial, y, en complejos cuando atacan igual otros bienes jurídicos.⁸⁵
- d) Atendiendo a los efectos de los delitos patrimoniales en el sujeto activo, ejecutante de la infracción: I) Delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido; II) Delitos

⁸² Vid. JIMÉNEZ HUERTA, *Op. Cit.* p. 14.

⁸³ Vid. CARRARA, *Op. Cit.* p. 26.

⁸⁴ Vid. PAVÓN VASCONCELOS, *Op. Cit.* p. 26.

⁸⁵ *Idem.*

patrimoniales de simple injuria. En los primeros se incluye el robo, abuso de confianza, fraude y la extorsión.

En ellos los efectos de delito no se limitan al perjuicio resentido por las víctimas al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o del derecho. Reciben el nombre de delitos de enriquecimiento indebido, porque su efecto es, la apropiación ilícita, y, por que generalmente, el móvil de su comisión radica en el afán de beneficiarse o de lucrar en cualquier forma. El ánimo especial con que se efectúan hacen que únicamente pueda registrarse como delitos intencionales; su comisión por imprudencia queda excluida de toda posibilidad.⁸⁶

El segundo grupo está constituido por un sólo delito patrimonial, el daño en propiedad ajena. En él, la acción se limita a perjudicar los bienes ajenos por su destrucción total o parcial. Por regla general el delincuente no se beneficia con el delito, cuyo efecto inmediato indirecto es la injuria, el simple perjuicio, la lesión al patrimonio extraño. Es la única infracción patrimonial que pueda admitir la forma de comisión por imprudencia.⁸⁷

La pluralidad de tipos delictivos arbitrados para la tutela del patrimonio responde a aquel imperativo constitucional que exige que exista la debida congruencia entre las peculiaridades y las circunstancias de la conducta antijurídica y el correspondiente tipo penal, así como también a la humana y social conveniencia de atemperar la gravedad de la pena y la intensidad antijurídica de cada conducta.⁸⁸

⁸⁶ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Op. Cit.* p. 163.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Vid. JIMÉNEZ HUERTA, *Op. Cit.* p. 20.

Como se puede apreciar, todos los delitos contra el patrimonio, tutelan el mismo bien jurídico: el patrimonio de las personas, por lo que todo delito patrimonial constituye un ataque ilícito contra los derechos civiles del ofendido sobre sus bienes patrimoniales.⁸⁹

En palabras de González de la Vega los delitos patrimoniales tienen un rasgo en común, una semejanza, consistente en el perjuicio patrimonial resentido por la víctima. La consecuencia directa de los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, despojo o daño en propiedad ajena, es la injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo; para la integración de los delitos poco interesa que dicha disminución sea total o parcial, reparable o irreparable, momentánea o definitiva.⁹⁰

Ricardo C. Núñez agrega tres características en común: a) Los delitos recaen siempre sobre el mismo bien; b) el autor es movido siempre por una intención específica; c) el perjuicio a la propiedad debe ser “*invitro domino*”.⁹¹

La responsabilidad penal es individual, es decir, que los únicos posibles sujetos activos de delito y susceptibles de medidas represivas son los seres humanos individualmente considerados, o sea las personas físicas. Dentro de nuestro derecho penal sustantivo, según se desprende de la redacción del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México), que ligan la responsabilidad a la concepción, preparación o ejecución del delito o al auxilio por concierto previo o posterior, en la inteligencia de que si varios delincuentes toman parte en la realización, todos ellos serán

⁸⁹ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Op. Cit.* p. 159.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 162.

⁹¹ Vid. NUÑEZ, Ricardo, “Delitos Contra la Propiedad”; (Buenos Aires, Biblioteca Breve, 1965, p. 27.

responsables, debiéndose aplicar las penas según la participación de cada delincuente.⁹²

De lo anterior se desprende que, si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, todos ellos serán responsables, debiéndose aplicar las penas según la participación de cada delincuente.⁹³

De antemano se sabe que en cualquier especie de delito sólo las personas son posibles sujetos pasivos; pero en algunos delitos, como a los que atañen a la vida y a la integridad corporal, nada más pueden serlo las personas físicas, los hombres en el sentido genérico de la palabra, pues las entidades ficticias llamadas personas morales no tienen vida ni integridad corporal orgánica. En cambio, en los delitos patrimoniales, además de las personas físicas, las morales pueden ser pacientes del delito.

En efecto, unas y otras tienen un patrimonio, ya que el principal efecto de la personalidad moral es el que la agrupación puede tener por si misma derechos y obligaciones estimables en dinero, o sea, un patrimonio propio, distinto al de las personas físicas que la integran.⁹⁴

El delito de robo es el de comisión más frecuente de todos los patrimoniales, debido a su simplicidad ejecutiva, sobre todo en sus formas más primarias de exteriorización, las que pueden quedar perfeccionadas por un acto único: remover la cosa ajena con intención de lucro. La sencillez o complejidad ejecutiva ha dado, precisamente a la clásica diferenciación entre hurto y robo o hurto y rapiña.⁹⁵

⁹² *Ibidem*, p. 154.

⁹³ *Ibidem*, p. 156.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 158.

⁹⁵ *Vid.* JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 23.

Francesco Carrara nos da la definición de hurto, como “la concertación dolosa, de una cosa ajena, hecha contra la voluntad de su dueño, y con intención de lucrar con ella”.⁹⁶ Por su parte Maggiore señala que el hurto consiste en el hecho de quien se apodera de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas al que las retiene con el fin de sacar provecho de ellas para sí o para otros.⁹⁷

Para González de la Vega el robo en esencia es el apoderamiento ilícito no consentido de una cosa ajena mueble.⁹⁸ Mientras que López Betancourt nos dice el delito de robo consiste en la apropiación violenta de una cosa ajena mueble, sobre la cual se carece de derechos o, no se cuenta con consentimiento de la persona que puede disponer de ella de acuerdo con la ley.⁹⁹

El objeto de la tutela jurídica está constituido, en palabras de Giuseppe Maggiore por el interés público sobre la inviolabilidad de la propiedad, entendida ésta en sentido penalístico, a manera de comprender en ella no sólo el propio y verdadero derecho de propiedad sino además todo derecho real y la misma posición de hecho.¹⁰⁰ Por su parte, Ricardo Núñez ve en la sanción contra el hurto el medio eficaz de tutelar la posesión de las cosas muebles, proveniente del ejercicio del derecho de propiedad, de una situación de hecho, o de un derecho personal relativo a la cosa.¹⁰¹

La definición del delito de robo que la doctrina y la legislación han proporcionado, se integra de una serie de requisitos o elementos de naturaleza heterogénea. Estos conceptuales requisitos o elementos

⁹⁶ Vid. CARRARA, *Op. Cit.* p. 245.

⁹⁷ Vid. MAGGIORE, Giuseppe, “Derecho Penal”, Volúmen III; Colombia, Temis, 1989, p. 14.

⁹⁸ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 153.

⁹⁹ Vid. LÓPEZ BETANCOURT, *Op. Cit.* p. 246.

¹⁰⁰ Vid. MAGGIORE. *Op. Cit.* p. 17.

¹⁰¹ Vid. NUÑEZ. *Op. Cit.* p. 30.

son: a) apoderamiento; b) cosa - mueble; c) ajena d) sin derecho y sin consentimiento.¹⁰² Se necesita la reunión de todos y cada uno de los elementos anteriores para la existencia del robo.

La acción típica en el robo está expresada en la ley con el término apoderarse.¹⁰³ Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal.¹⁰⁴ El elemento principal del delito de robo es pues, el apoderamiento, porque tal constitutiva permite diferenciar al robo de otros delitos de enriquecimiento indebido y constituye la acción consumativa.¹⁰⁵

La noción de apoderamiento se limita a la acción de aprehender o de tomar directa o indirectamente la cosa. Habrá aprehensión directa, cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos tangiblemente, se adueña de la cosa; así diremos que existe robo por apoderamiento directo cuando el ladrón toma en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento. El apoderamiento es indirecto cuando el agente por medios desviados logra adquirir, sin derecho ni consentimiento, la tenencia material de la cosa. Aquí, la tangibilidad de la cosa por el ladrón no es, en consecuencia requisito indispensable del robo.¹⁰⁶

Sin embargo, para la configuración del delito de robo se precisa que la causa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuándo, previo quebrantamiento de dicha posesión, la cosa queda en poder del agente. Esta determinación tiene importancia capital, pues de ella depende, presupuesta la

¹⁰² *Ibidem*, p. 25.

¹⁰³ *Vid.* PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 33.

¹⁰⁴ *Vid.* GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 169.

¹⁰⁵ *Vid.* PAVÓN VASCONCELOS *Op. Cit.* p. 33.

¹⁰⁶ *Vid.* GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 169.

conurrencia de los demás elementos típicos, la perfección del delito.¹⁰⁷ Para determinar la cuestión anterior se han elaborado diversas teorías, las cuales basan sus hipótesis en los diversos momentos del proceso ejecutivo.

1. Teoría de la *Contrectatio* o del tocamiento: Para esta teoría, el robo se consuma apenas el ladrón toca la cosa ajena mueble, es decir cuando hay aprehensión de ella. Aquí el elemento principal del apoderamiento se configura por la dinámica misma de la acción, el instante de la material aprehensión de la cosa no importando que el delito sea contra la propiedad o contra la posesión, requiere de una cierta efectividad de disposición, siquiera sea en potencia, el episodio de mera *contrectatio* no es bastante eficiente para la perfección total.

Esta teoría ha sido fuertemente cuestionada por la doctrina. Jorge Frías Caballero señala desde un punto de vista histórico, el problema de la teoría del tocamiento se remonta a la significación de la voz *contrectatio* la cual, para algunos significa “tomar”, “asir”, “tentar con la mano”, en tanto para otros es sinónimo de llevar la cosa, cambiarla de sitio, removerla, etc. El hurto exige el desplazamiento o traslado material, no ya de la cosa sino, de su disponibilidad física, esto es, de la posibilidad de ejercitar sobre ella actos dispositivos o disposición material, requiere en suma, excluir de hecho a quien tenía la cosa de su poder sobre ella, para, consolidar al delincuente, a su respecto, su propio poder. Todo lo que no alcance a este resultado, podrá o no ser tentativa, pero seguramente no es delito consumado de hurto.¹⁰⁸

El exagerado rigor de la teoría de la aprehensión se justificó en el derecho romano por la inexistencia de la noción de la tentativa, hoy en

¹⁰⁷ Vid. JIMÉNEZ HUERTA, *Op. Cit.* p. 24.

¹⁰⁸ Vid. FRÍAS CABALLERO, Jorge, “Curso de Derecho Penal”, Tomo II; Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 21.

día resulta demasiado formal y fuera de la realidad al anticipar la consumación a un acto que, por sí mismo, no perfecciona materialmente el delito,¹⁰⁹ ya que el sólo hecho de tocar la cosa no significa que la persona la robe o quiera robarla, ni atenta contra la posesión o la propiedad de la misma 291 que sobre la cosa tiene el sujeto pasivo.

2. Teoría de la *amotio*: Esta doctrina hace consistir la acción material del hurto en la *amotio* de la cosa ajena, esto es, en su remoción del lugar en donde se encuentra, y requiere el resultado consecutivo a la acción del ladrón, de que la cosa sea removida de un lugar a otro.¹¹⁰ Aquí no tan solo es necesario tocar la cosa sino desplazarla del lugar que originalmente se encontraba.

Para Carrara, su principal sostenedor, el acto consumativo no radica ya en llevar la mano sobre la cosa ajena sino en el evento ulterior, en la consecuencia de la acción, la cual constituye el resultado en el delito, esto es en la remoción de la cosa de un lugar a otro, integrante de la violación del derecho de posesión.¹¹¹

Si el delito de robo es la violación de la posesión ajena, entonces se configura el mismo, cuando el agente efectúa el primer movimiento violatorio de ese derecho, el cual sería tomar la cosa y deslizarla del lugar, ya que no es posible dejar pasar más tiempo y exigir para la configuración del delito que el agente tenga el dominio del objeto, ya que sería una forma de dificultar la adecuación de la conducta al tipo penal, provocando que la mayoría de robos solo pudieran ser considerados como intentados.¹¹²

¹⁰⁹ Vid. PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 38.

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Vid. CARRARA. *Op. Cit.* p. 208.

¹¹² Vid. LÓPEZ BETANCOURT. *Op. Cit.* p. 250.

De ahí que bajo esta teoría, el hurto deja de ser un delito formal y se transforma en delito material, radicando su esencia en ser una violación a la posesión ajena.¹¹³ Los argumentos en contra del postulado de esta teoría se basan en la idea de si se prescinde del momento de la remoción, el cual implica en sí mismo una violación completa de la posesión, no se podría tomar un criterio exacto para determinar el momento consumativo del robo, pues incluso entre los que niegan que la esencia del delito radica en la remoción de la cosa, se advierte una fluctuación ineludible. Unos sostienen que se consuma cuando el objeto robado, es sacado de la cámara en que se encuentra; otros de la casa; otros de las adyacencias; y, finalmente otros, cuando el ladrón ha llevado la cosa al lugar a que la destinaba.¹¹⁴

3. Teoría de la *ablatio*: Esta teoría, para algunos viene a completar la teoría de la *amotio*, por considerarse que ésta era insuficiente por no determinar el lugar *ad quem* de la remoción, exigiéndose que la cosa fuera quitada a su poseedor, vale decir la *ablatio* de ella. Parte de la consideración que deben distinguirse dos momentos en la remoción de la cosa: a) la aprehensión de ella; b) Su traslado del lugar en que se hallaba otro diverso (*terminus ad quem*), resultando que sólo puede configurarse la *ablatio* a sustracción cuando se satisfagan tales elementos de ella.¹¹⁵

En otras palabras, en esta teoría el robo se consuma cuando el activo no sólo toca, remueve o desplaza la cosa sino cuando la saca del ámbito de poder y lo coloca bajo su propia esfera de dominio. Esta teoría no se guía por la materialidad accidental de los lugares, sino que

¹¹³ Vid. PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 39.

¹¹⁴ Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 26.

¹¹⁵ Vid. PAVÓN VASCOLENCOS, *Op. Cit.* p. 39.

apela al concepto abstracto y genérico de esfera de actividad del detentador de la cosa o de esfera de custodia.

Esfera de custodia es un concepto jurídico no solamente referido a la cosa o lugar de depósito, sino que encierra la posibilidad de ser determinado en cada situación y de acuerdo con las reales situaciones objetivas. Si bien la teoría de la *amotio* tiene utilidad en ciertos casos, en la mayoría no es posible establecer la existencia de un poder de hecho sobre la cosa con una simple remoción, máxime cuando la ley no se refiere al sólo tomar sino al apropiarse.¹¹⁶

4. Teoría de la *illatio*: Esta teoría estima consumado el delito cuando el agente ha trasladado la cosa objeto de la aprehensión al lugar que previamente le tenía designado, poniéndola en seguridad. En otras palabras, el hurto estará consumado cuando la cosa es transportada por el ladrón al lugar que le tiene destinado para ponerla a salvo.¹¹⁷

Francisco González de la Vega al respecto opina que la redacción del artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México), revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para que se consume el delito, por supuesto siempre que estén reunidos los demás elementos de la infracción.

Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí, privarle de ella, claro está que la mecánica de la acción implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto; no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero este movimiento de desposesión en nuestro derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien.

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ *Idem.*

En resumen, se da por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa e indirecta de la cosa, aún en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar en donde la tomó, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desposeído del objeto antes de todo posible desplazamiento.¹¹⁸

Por su parte Ricardo C. Núñez considera que existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño para entrar a la esfera de acción del ladrón; en otras palabras, hay consumación de apoderamiento del ladrón, cuando hay desposeimiento del perjudicado, se debe hacer hincapié que el apoderamiento del autor, que implica desposeimiento de la víctima o del ofendido, debe colocar al activo en posibilidad de disponer materialmente de ella, aun cuando el momento de dicha disposición sea fugaz, ya que una vez que el apoderamiento otorga la potestad dominical al aprehensor la perfección consumativa es total, aunque el tiempo de la posibilidad de disfrute sea exigua y aunque falta la utilización subjetiva que integraría ya formas de agotamiento, intrascendentes de derecho penal, aunque pudiera serlo para efectos de la responsabilidad penal.¹¹⁹

Francisco Pavón Vasconcelos, refuta los argumentos anteriores sosteniendo que hay apoderamiento –y delito consumado- en el preciso instante en que el ladrón tuvo la posibilidad física de disponer del objeto. Posibilidad que por cierto no nace mientras ella pueda ser impedida por la víctima. Pero una vez transcurrido ese momento, el delito está irrevocablemente consumado, aunque en realidad el ladrón no lo haya dispuesto o haya sido impedido de hacerlo por su ulterior detención con secuestro de la cosa, nada de esto modificaría la

¹¹⁸ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 171.

¹¹⁹ Vid. NUÑEZ. *Op. Cit.*, p. 30.

consumación ya acaecida. Lo decisivo es, por consiguiente el criterio de disponibilidad y no el del desapoderamiento.¹²⁰

Por otra parte Mariano Jiménez Huerta sostiene que el sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando, en cada caso concreto, concurren aquellas circunstancias fácticas precisas para que social y jurídicamente pueda afirmarse que ha quebrantado la posesión ajena y que, la cosa, de hecho, ha quedado, aunque sólo fuere momentáneamente, bajo su potestad material.

Esta situación fáctica se produce evidentemente, cuando el ladrón desplaza la cosa del sitio en que su poseedor la tenía, siempre, naturalmente que concurra, el elemento subjetivo que, se precisa para la configuración de éste injusto típico. Existen, en efecto, determinadas situaciones fácticas, en que el sujeto activo se apodera de la cosa y quebranta la posesión ajena, en ocasión o aprovechando la circunstancia de tener la cosa en sus manos, en virtud de la posesión personal de dependencia en que se encuentra respecto al poseedor.

Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto al propietario de esa cosa, y la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes o instrucciones que de él ha recibido no se le considerará poseedor. Entran aquí las conductas de los criados, dependientes de comercios, maleteros.¹²¹

El apoderamiento de la cosa no puede, en estas situaciones, por la simple remoción del lugar o mutación espacial del objeto, habida cuenta de que dicha remoción o cambio no quebranta la posesión ajena, pues quién la realiza actúa en relación con el poseedor en una situación de dependencia que le faculta remover la cosa sin quebrantar la posesión,

¹²⁰ Vid. PAVÓN VASCONCELOS, “Comentarios de Derecho Penal”, *Op. Cit.* p. 42.

¹²¹ Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 30.

esto es, el poder de hecho que el poseedor tiene sobre ella. Estos desplazamientos estrictamente materiales o naturalísticos, no implican un apoderamiento de la cosa, ya que no quebrantan la posesión que sobre la misma existe. Sólo las remociones o desplazamientos que quebrantan la posesión ajena, constituyen en puridad el apoderamiento que configura el delito de robo.¹²²

No basta para integrar el elemento típico del apoderamiento, la simple remoción o desplazamiento de la cosa. Necesario es que dicha remoción o desplazamiento se efectúe con ánimo de apropiación. Un elemento subjetivo de antijuridicidad hállase dentro del concepto de apoderamiento. Para la integración de éste es preciso que la antijurídica remoción de la cosa se efectúe por el sujeto activo con el fin de apropiársela, es decir de hacerse dueño de ella por propia autoridad.

El *animus lucrandi* según una recia tradición jurídica, debe concurrir en todos los delitos patrimoniales, con excepción del de daños y, por ende, en el delito de robo, o sólo y simplemente en su estricta significación gramatical. Dentro del concepto de *animus lucrandi* queda comprendido no sólo el provecho económico que de la cosa pudiere obtenerse, sino también el placer o goce que el sujeto agente proporciona cualquier otro destino que diere a la cosa. La frase “para apropiársela o venderla” tiene una significación más restringida y limitada pues sólo capta aquél lucro específico consistente en poseer o disfrutar la cosa como si fuera el dueño o enajenada a título oneroso.¹²³

La regulación de la cosa como objeto material del delito, hace imprescindible su naturaleza mueble, según expresa exigencia del artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México). El apoderamiento debe recaer sobre una cosa mueble y, en el

¹²² *Idem.*

¹²³ *Ibidem*, p. 34.

ámbito de la ley penal es el criterio de la transportabilidad del objeto el que debe servir para fijar el concepto de cosa mueble.¹²⁴

El vocablo “cosa” en sentido físico, denota lo que tiene existencia corpórea y puede ser percibido por nuestros sentidos. En sentido económico indica todo lo que, delimitable exteriormente, puede quedar sometido al señorío del hombre por ser susceptible de satisfacer sus necesidades.

La cosa físicamente delimitada y potencialmente útil al hombre, deviene bien jurídico en cuanto sirve para satisfacer sus necesidades, esto es, los intereses de un sujeto determinado. Todo bien es por consiguiente una cosa, pero no toda cosa es un bien. Se sobreentiende que cuando la ley penal habla de cosa emplea el vocablo no sólo en un significado material, sino también jurídico, esto es provisto de los atributos necesarios para indicar un bien.¹²⁵

Son objeto de delito todas las cosas corporales susceptibles de ser removidas materialmente por el hombre del lugar en que se encuentran, incluso aquellas que la ley declara irreductibles a propiedad particular, como por ejemplo las que integran el patrimonio artístico o histórico de la Nación.¹²⁶

Son cosas corporales no solamente aquellas que se pueden tocar, como los sólidos y los líquidos, sino también aquellas otras que no se pueden tocar, como acaece con las aguas utilizables; cuando el hombre se apodera antijurídicamente de ellos deviene objeto material del delito de robo. Las cosas incorpóreas, como la energía eléctrica y los fluidos,

¹²⁴ Vid. PAVÓN VASCONCELLOS, “Delitos Contra el Patrimonio”, *Op. Cit.* p. 56.

¹²⁵ Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 36.

¹²⁶ *Idem.*

pueden ser objeto de aprovechamiento pero no de apoderamiento físico.¹²⁷

La palabra mueble puede tener diversas significaciones según se le examine: 1) desde el punto de vista puramente material o gramatical; y, 2) de acuerdo con la clasificación que el Derecho Privado hace de los bienes en general dividiéndolos en muebles e inmuebles:¹²⁸

a) De acuerdo con la naturaleza física de las cosas: Atendiendo a su naturaleza exclusivamente material, se llaman muebles – móviles- a las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar a otro sin que altere su sustancia; en otras palabras las cosas muebles no tienen fijeza y son susceptibles de moverse de un espacio a otro por sí mismas, como el caso de los animales semovientes, o por la aplicación de fuerzas extrañas. A contrario imperio, según su naturaleza material, serán inmuebles –inmóviles- las cosas fijas, permanentes en el espacio, no transportables, de un lugar a otro, tales como los terrenos y las edificaciones asidas fijamente a los mismos.

b) De acuerdo con el Derecho Privado: Son bienes muebles en primer lugar, los que tienen esa naturaleza física, o sea los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior. En segundo lugar, son bienes muebles, por determinación de la ley, las obligaciones, los derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.

De estas reglas de Derecho Privado, deben exceptuarse: estatuas, pinturas y objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fondo; los palomares,

¹²⁷ *Ibidem*, p.38.

¹²⁸ *Vid.* GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 172.

colmenas, estanques, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente; los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajos indispensables para el cultivo de finca, mientras estén destinadas a ese objeto, y el material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas. Recobrarán su calidad legal de muebles cuando el mismo dueño (y no otra persona) los separe del edificio o heredad.¹²⁹

En palabras de Jiménez Huerta, al Derecho Penal le interesa poco la división de los bienes en muebles e inmuebles y le es indiferente que la movilidad de la cosa proceda de su propia naturaleza o se produzca o determine por el hecho del apoderamiento. Lo único que le interesa es que la cosa sea desplazable. Por esta razón no es susceptible de ser sustraído un inmueble y si lo son sus porciones, a condición de que pueda dotárseles de movilidad.¹³⁰

Como se puede apreciar, la doctrina en general, se muestra conforme en que cosa mueble para los efectos penales es todo objeto material o corporal de naturaleza movable, es decir que puede ser transportable de un lugar a otro. Conforme al Derecho Penal serán consideradas muebles las cosas que pueden ser transportadas de un lugar a otro, ya por sí o por virtud de una fuerza extraña.¹³¹

Todos los bienes corpóreos de naturaleza intrínseca transportable pueden servir de materia a la comisión de un robo. En cambio los bienes o cosas incorpóreas, tales como los derechos, créditos, acciones jurídicas, pensamientos, como no pueden ser susceptibles de

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Vid. JIMÉNEZ HUERTA. Op. Cit. p. 44.*

¹³¹ *Vid. PAVÓN VASCONCELOS. Op. Cit. p. 57.*

apoderamiento o aprehensión, no pueden servir de objeto material de robo; pero cuando esos derechos se hacen constar en documentos, entonces deben incluirse entre las cosas corpóreas, posible materia de apoderamiento, como en el caso de actuaciones judiciales, títulos de crédito y demás documentos con obligatoriedad jurídica.¹³²

Para Eusebio Gómez Cruz existe redundancia en la definición de robo en cuanto expresa que la cosa objeto del mismo debe ser mueble, pues si la esencia de ese delito está representada por la sustracción de tal cosa, es de toda evidencia, se dice, que únicamente los muebles pueden ser hurtados, ya que los inmuebles son insusceptibles de sustracción.¹³³

Se puede concluir el presente apartado estableciendo que, la cualidad de la cosa radica en el ámbito penalístico, en su “potencial movilidad”, aun cuando el sujeto tuviere que separarla del inmueble, si estuviese unida a éste.¹³⁴

Se debe acentuar la trascendencia de la distinción anotada en aquellos casos en los cuáles sin existir la aludida separación, el sujeto ha maniobrado sobre la cosa para obtener su separación con el único y definido propósito de lograr la sustracción de ella, pues tales casos caerían, para los efectos de su punición, dentro del círculo de la tentativa de robo.¹³⁵

Que la cosa sea ajena es un elemento del delito de robo indispensable de demostrar en los procesos, aun cuando sea por prueba indiciaria o confesional, porque el robo, como los otros delitos de enriquecimiento

¹³² Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 174.

¹³³ Vid. GÓMEZ CRUZ, Eusebio, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV; Buenos Aires, Civitas, 1941, p. 30.

¹³⁴ Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 44.

¹³⁵ Vid. PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 58.

indebido, constituye en su esencia jurídica un ataque dañoso a los derechos patrimoniales de cualquiera persona.¹³⁶

La expresión “ajena” denota –dice Mariano Jiménez Huerta - que ha de pertenecer a un patrimonio del que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito”.¹³⁷

Para el tratadista Puig Peña son cosas ajenas, aquellas sobre las cuales, en el momento de la sustracción, no puede el culpable alegar el derecho de la titularidad, sin que sea preciso conste la persona a quien pertenezca lo robado.¹³⁸ Por su parte Quintano Ripollés sostiene que la cualidad de ajena la tienen la cosa por exclusión a la no pertenencia del agente, sin que sea un modo alguno necesario que llegue a puntualizarse quién fue el propietario.¹³⁹

En palabras de Cuello Callón es cosa ajena la que, en el momento del hecho, es propiedad o está en posesión, conjuntamente, de la persona a la que sustrae.¹⁴⁰ Ricardo C. Núñez sostiene que para que una cosa sea ajena se requiere: a) que el autor de la sustracción no sea dueño de la totalidad de la cosa; b) que debe la cosa encontrarse en la posesión de alguien; c) que la cosa hurtada debe ocultarse en la posesión del autor; a su vez agrega que no se encuentran en poder de una persona: 1) la *res nullis*; 2) las *res derelictae* (cosas abandonadas) y 3) las cosas perdidas.¹⁴¹

Pavón Vasconcelos se ha cuestionado el hecho de si es posible la comisión de robo que recae sobre una cosa propiedad del propio agente, y respecto de la cual, por variadas causas no conserva la

¹³⁶ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 174.

¹³⁷ Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 44.

¹³⁸ Vid. PUIG PEÑA, Federico, “*Derecho Penal*”, Tomo IV; Madrid. Alianza, 1955, p. 38.

¹³⁹ Vid. RIPOLLÉS, “*Comentarios al Código Penal*”, Tomo II; Madrid. Alianza, 1946, p. 50.

¹⁴⁰ Vid. CUELLO CALLÓN. *Op. Cit.* p. 759.

¹⁴¹ Vid. NUÑEZ, Ricardo C. *Op. Cit.* p. 97-

posesión, como ocurre por ejemplo, cuando el objeto ha sido dado a otro en prenda, se ha arrendado.¹⁴²

Existen quiénes contestan en sentido afirmativo y otros en negativo. Los de la primera postura, se apoyan en la idea de que, si bien la cosa sigue siendo propia, en cuanto a la nuda propiedad, respecto de los derechos adquiridos por el tercero, la cosa es ajena para el sujeto activo; se acude aquí al argumento que la ley penal protege no sólo las cosas, sino también el derecho que se tiene sobre ellas, como lo es el de la posesión.¹⁴³

Por su parte González de la Vega es de los que consideran que nadie puede robarse a sí mismo; nadie puede cometer robo en sus bienes propios; estas conclusiones son evidentes puesto que la locución “cosa ajena”, empleada por la ley al tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional: la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se dé por comprobado este elemento normativo e imprescindible del robo, basta que se demuestre por cualesquiera de los sistemas probatorios procesales que el objeto mueble materia de la infracción no pertenece al autor.¹⁴⁴

A las ideas de González de la Vega se le une Alfredo Etcheverry, para quien no cabe delito de robo sobre cosa propia. Es muy difícil que se pueda conciliar el concepto de “apropiación” con el de “propio” que una cosa reviste –nos comenta-, ya que se ha dicho que el término apropiación denota la adquisición de hecho de un poder que jurídicamente no le corresponde al hechor, lo que ocurre si la cosa es propiedad de éste. Salvo éste caso, es ajena para el delincuente no sólo la cosa sobre la cual uno tiene el dominio o la propiedad, sino

¹⁴² Vid. PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 61.

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 175.

también aquella sobre la que otro tiene un derecho amparado por el orden jurídico: la posesión o aún, la mera tenencia, caso en el cual el mero tenedor tiene la cosa en lugar y a nombre del dueño.¹⁴⁵

El delito de robo no puede cometerse respecto de cosas abandonadas por no lesionarse ningún bien jurídico. A diferencia de la cosa perdida, en la cosa abandonada se carece de poseedor y de propietario. Por abandono se extingue la posesión y, en consecuencia, el apoderamiento que de la cosa abandonada realiza con posterioridad el agente, no recae sobre cosa ajena, esto es, sobre cosa de otro.¹⁴⁶

En el delito de robo se tutela penalmente el patrimonio, o de otra manera dicho la posesión de las cosas muebles que integran dicho patrimonio; la tutela penal no abarca las cosas que, por haber sido abandonadas por su titular, han salido del patrimonio.¹⁴⁷

Indudablemente las cosas mostrencas son ajenas al autor de su hallazgo porque no le pertenecen en propiedad; sin embargo, creemos que su apoderamiento no puede estimarse como constitutivo del delito de robo por ausencia del elemento de antijuridicidad.¹⁴⁸

Por último, es necesario debatir la posibilidad de existencia de robos entre copropietarios.

Jiménez Huerta nos comenta la toma que un copropietario hace de la cosa común no puede considerarse que recae sobre una cosa “ajena”, ya que hasta a la más mínima molécula de la misma llega, en la parte alícuota que le corresponde, su derecho de dominio.¹⁴⁹ Al apropiarse de

¹⁴⁵ Vid. ETCHEVERRY, Alfredo, “Derecho Penal III”; Santiago de Chile, Ed. Gibbs, 1965, p. 302.

¹⁴⁶ Vid. PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 66.

¹⁴⁷ Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 45.

¹⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 176.

¹⁴⁹ Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. Cit.* p. 50.

la cosa en común –dice González de la Vega-, el copropietario comete robo respecto de la porción indivisa de esa cosa que no le pertenece.¹⁵⁰

No es ilícito el acto de posesionarse de la cosa común cometido por uno de los titulares de su dominio; podrá si acontecer que al realizarse este acto lícito el copropietario abuse de su derecho, por lo que es menester examinar las diversas hipótesis de extralimitación penal posiblemente realizables.

Si el copropietario tiene de antemano la tenencia material de la cosa, toda posibilidad de robo se desvanece por ausencia manifiesta del elemento apoderamiento; pero si el poseedor del bien común abusa de su derecho y dispone de la cosa indebidamente, sin consentimiento de los otros titulares, y, la enajena, arrienda, empeña o grava de cualquier modo, habrá cometido fraude por haber dispuesto de la cosa con conocimiento de que no tenía derecho suficiente para ello.¹⁵¹

No basta para integrar la conducta típica del delito de robo que el sujeto activo se apodere de la cosa mueble ajena, necesario es, que este quebrantamiento de posesión se efectúe antijurídicamente, pues en el artículo 220 referido se condiciona la relevancia típica de la conducta que describe, a que el apoderamiento se efectúe sin derecho y sin el consentimiento de la persona que puede disponer de ella (la cosa) con arreglo a la ley.¹⁵²

Para Pavón Vasconcelos, la norma del artículo 220 contiene un elemento normativo y éste no es otro que el expresado en la descripción legal con las palabras “sin derecho”, afirmándose tal carácter por cuanto el juzgador tiene que valorizar su alcance haciendo

¹⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 176.

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op.Cit.* p. 54.

uso necesariamente de los conceptos extraídos de la ley y únicamente de ella por tener en este caso un contenido jurídico.¹⁵³

La frase sin derecho y sin el consentimiento es notoriamente redundante, pues actuar sin el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, es uno de los casos en los que se actúa sin derecho o antijurídicamente.¹⁵⁴

González de la Vega al respecto nos comenta la mención es innecesaria y, en cierto sentido tautológica, puesto que la antijuridicidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie; así como el apoderamiento para ser constitutivo de robo necesita ejercitarse sin derecho o antijurídicamente, así también la muerte de otro de para ser delito de homicidio requiere que el acto sea ilícito.

Delito es el acto antijurídico, típico y culpable, imputable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad. Aparte de la tipicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, la antijuridicidad es un elemento *sine qua non* de la infracción criminal cuando el acto imputable a un hombre está tipificado especialmente en la ley y provisto de penalidad y no será delito si el agente lo ha ejecutado lícitamente.¹⁵⁵

La acción de apoderarse de las cosas sin consentimiento de la persona que puede disponer de ellas con arreglo a la ley puede manifestarse en tres diversas formas: a) Contra la voluntad libre o expresa del paciente de la infracción, lográndose el apoderamiento por el empleo de la violencia física o moral contra el sujeto pasivo; b) Contra la voluntad indudable del paciente de la infracción, pero sin el empleo de violencias

¹⁵³ Vid. PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 67.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *Op. Cit.* p. 179.

personales; c) En ausencia de voluntad del ofendido, sin consentimiento ni intervención de éste, cuando el robo se comete furtiva o subrepticamente.

Las tres hipótesis tienen como rasgo en común el de que se comete sin consentimiento libre, tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparece la figura delictiva del robo por faltarle el elemento normativo.¹⁵⁶

A las ideas anteriores, González de la Vega agrega que es evidente que, cuando el dueño de un bien mueble presta su consentimiento para que otro se apodere de ella, no puede existir robo, toda vez que ese consentimiento implica, por parte de quien lo presta, la disposición de un derecho alienable.¹⁵⁷

2.3.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN.

Francesco Carrara nos da la definición de hurto, como “la contrectación dolosa, de una cosa ajena, hecha contra la voluntad de su dueño (*inuito domino*), y con intención de lucrar con ella.”¹⁵⁸

En este mismo sentido, Maggiore señala que el hurto “consiste en el hecho de quien se apodera de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas al que las retiene con el fin de sacar provecho de ellas para sí o para otros”.¹⁵⁹

Martínez de Castro, encargado de la Comisión Redactora del Código de 1871, expresó: “Queriendo la Comisión acomodarse al lenguaje común,

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 180.

¹⁵⁷ *Vid.* PAVÓN VASCONCELOS. *Op. Cit.* p. 68.

¹⁵⁸ *Vid.* CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal”; Tomo 6, 2ª. Ed., Colombia, Editorial Themis, 1966, p. 13.

¹⁵⁹ *Vid.* MAGGIORE, Giuseppe, “Derecho Penal”; Volumen V, 3ª. Ed., Colombia, Editorial Themis, 1989, p. 14.

en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desechó de su Proyecto, admitiendo en él, únicamente la primera de estas dos denominaciones.”

El maestro Porte Petit afirma: “Para que pueda considerarse responsable al sujeto, del delito de robo, debe apoderarse de la cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento, apropiarse de ella cuando tiene sobre la misma una detentación subordinada u obtenerla por medio de la violencia moral”.¹⁶⁰

El Código Penal Federal, en su artículo 367 define al delito de robo de la siguiente forma:

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

Mientras que el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 220 define al robo de la siguiente manera:

“Artículo 220. Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán:

I. Se deroga

II. Prisión de seis meses a dos años y sesenta a ciento cincuenta días multa, cuando el valor de lo robado no exceda de trescientas veces el salario mínimo o cuando no sea posible determinar el valor de lo robado;

III. Prisión de dos a cuatro años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de trescientas pero no de setecientas cincuenta veces el salario mínimo, y

IV.- Prisión de cuatro a diez años y de cuatrocientos o seiscientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de setecientas cincuenta veces el salario mínimo.

Para determinar la cuantía del robo, se atenderá únicamente al valor de mercado que tenga la cosa en el momento del apoderamiento.”

¹⁶⁰ Vid. PORTE PETIT, Candaudap, “Robo Simple”; México, Porrúa, 1984, p.5.

Para el suscrito, el delito de robo consiste en la apropiación de una cosa ajena mueble, sobre la cual se carece de derechos o no se cuenta con el consentimiento de la persona que pueda disponer de ella de acuerdo con la ley.

2.3.2 NATURALEZA JURÍDICA.

En relación a la cosa mueble, el Poder Judicial de la Federación ha señalado:

Al respecto es importante destacar los siguientes criterios jurisprudenciales:

“ROBO DE AUTOMOVILES. El poner a funcionar el automóvil y accionar sus mecanismos para ponerlo en marcha quiere decir que el mismo queda bajo el control y tenencia del tripulante y eso constituye un verdadero apoderamiento y el delito se considera consumado, de acuerdo con el artículo 369 del Código Penal citado, aun cuando desapoderen al agente, de la cosa robada.”¹⁶¹

“ROBO DE AUTOMOVILES. Si el inculpado se apoderó de un automóvil, ese apoderamiento, que produjo la íntegra substracción del objeto del delito del patrimonio de su legítimo propietario y lo hizo entrar a la esfera de actos del inculpado, consume el robo, sin que sea

¹⁶¹ *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada. Clave de Control Asignada por SCJN: No especificada. Sala o Tribunal emisor: 1ra. Sala - 6ta. Epoca - Materia: Penal. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación. Volumen: XLIX, Segunda Parte Página: 89 Descripción de Precedentes: Amparo directo 874/61. Maximino Valdez Valverde. 19 de julio de 1961. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 – 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 52458

valedera la excusa en el sentido de que tal objeto, después de haber sido despojado de algunas de sus piezas, hubiese sido abandonado.”¹⁶²

“ROBO DE AUTOMOVILES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA). El hecho de que el sujeto activo ponga a funcionar el automóvil y accione sus mecanismos para ponerlo en marcha, implica que el mismo queda bajo su control y tenencia y eso constituye un verdadero apoderamiento, de tal forma que el delito de robo debe considerarse consumado, aun cuando se desapodere al agente de la cosa robada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 287 del Código Penal para el Estado de Tlaxcala.”¹⁶³

“ROBO DE AUTOMOVIL, RESPONSABILIDAD EN EL. Si la responsabilidad en la comisión del delito de robo de un automóvil se comprobó con la confesión del autor hecha ante el Ministerio Público y confirmada en preparatoria, la sentencia que así lo considere no resulta violatoria de garantías, ya que en atención al principio de inmediatez no puede tomarse en cuenta lo indicado en una ampliación de declaración, en el sentido de que el inculpado ignoraba que el automóvil en que se

¹⁶² *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada. Clave de Control Asignada por SCJN: Sala o Tribunal emisor: 1ra. Sala - 5ta. Epoca - Materia: No Especificada. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación. Volumen: CXXIII Página: 191 Descripción de Precedentes: Amparo Penal Directo 3875/53.- 13 de enero de 1955.- Unanimidad de cuatro votos.- Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 - 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 86146

¹⁶³ *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: VI.2o.58 P. Clave de Control Asignada por SCJN: TC062058.9 PEN. Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 9na. Epoca - Materia: Penal. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Volumen: III, Marzo de 1996 Página: 1017 SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Descripción de Precedentes: Amparo en revisión 66/96. Raúl Molina Xolocotzi. 28 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Héctor Enrique Hernández Torres. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 - 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 193150

encontraba hubiese sido robado por el coautor que lo tripulaba, si ello no se acredita.”¹⁶⁴

“ROBO DE AUTOMOVIL, TENTATIVA DE. Si el inculpado fue detenido cuando maniobraba un automóvil ajeno, tratando de sacarlo del lugar donde estaba estacionado, sin que lograra su propósito por haber sido descubierto y detenido, no puede afirmarse que haya consumado el robo, ya que no logró desapoderar al dueño y poseedor del vehículo. En consecuencia, su conducta es punible, pero sólo como tentativa y no como robo consumado.”¹⁶⁵

“ROBO DE VEHICULO, CALIFICATIVAS EN EL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). El delito de robo de vehículo previsto y sancionado por el artículo 374, fracción IV, del Código Penal para el Estado de Puebla, también puede ser sujeto de las calificativas, que como agravantes de la penalidad, prevé el artículo 380 en sus fracciones I, II y III de la misma legislación, y no únicamente las modalidades de tal ilícito a que se refieren las fracciones I a III del citado artículo 374. En efecto, los supuestos a que se refieren las cuatro

¹⁶⁴ *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada. Clave de Control Asignada por SCJN: No especificada. Sala o Tribunal emisor: 1ra. Sala - 7ma. Epoca - Materia: Penal. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación. Volumen: 133-138 Segunda Parte Página: 191 Descripción de Precedentes: Amparo directo 6086/79. Jesús Cid Farfán y Jesús Cabrera Velázquez. 14 de enero de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Jesús Arzate Hidalgo. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 79, página 42, con el rubro "ROBO DE AUTOMOVIL. RESPONSABILIDAD EN EL MISMO". Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 - 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 26417

¹⁶⁵ *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada. Clave de Control Asignada por SCJN: No especificada. Sala o Tribunal emisor: 1ra. Sala - 7ma. Epoca - Materia: Penal. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación. Volumen: 139-144 Segunda Parte Página: 126 Descripción de Precedentes: Amparo directo 2834/80. José Muñoz Juárez. 24 de septiembre de 1980. 5 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Ramón Medina de la Torre. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 88, página 46, con el rubro "TENTATIVA, ROBO DE AUTOMOVIL EN GRADO DE". Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 - 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 26319

fracciones de este precepto, son sólo un punto de referencia para que el juzgador imponga las penas a que se haga acreedor el sujeto activo que cometa el delito de robo; cada fracción establece determinada penalidad la cual puede agravarse o disminuirse conforme al valor de lo robado, siendo la mínima de tres a treinta días y multa de uno a tres días de salario cuando el valor de lo robado no exceda cinco días de salario (fracción I) y la máxima de tres a ocho años y multa de diez a cien días de salario cuando el objeto de robo fuere un vehículo de motor (fracción IV), y además cada una de esas penalidades puede agravarse si el robo se comete con una o varias de las calificativas a que alude el numeral 380 de la citada Ley, tan es así que este propio dispositivo claramente establece "además de la sanción que le corresponda al delincuente, conforme al artículo 374, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión, en los casos siguientes...". En tales circunstancias es claro que el delito de robo de vehículo también puede ser calificado, si se surte una de las modalidades a que hace referencia el multicitado artículo 380."¹⁶⁶

“ROBO DE VEHÍCULO EQUIPARADO. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 375, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL NO REQUIERE PARA SU CONFIGURACIÓN EL QUE SE PRUEBE QUE EL INculpADO SE APODERÓ DE LOS VEHÍCULOS AFECTOS A LA CAUSA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 375, fracción I, del Código de Defensa Social del Estado prevé como

¹⁶⁶ *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada. Clave de Control Asignada por SCJN: TC062576 PEN. Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Epoca - Materia: Penal. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación. Volumen: IX-Marzo Página: 297 SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Descripción de Precedentes: Amparo directo 285/91. Juan López García. 27 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 - 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 11872

elementos del cuerpo del delito de robo de vehículo equiparado, los siguientes: que la conducta del sujeto activo sea enajenar o adquirir; que dicha acción recaiga en uno o más vehículos de motor de los enumerados en la fracción IV, actualmente V, del artículo 374 del mismo ordenamiento legal y, finalmente, que lo haga a sabiendas de que dicho vehículo o vehículos son robados; de lo que se advierte que para la configuración del ilícito no es necesario que se demuestre que el sujeto activo se apoderó del o los vehículos, ya que como se observa la conducta sancionada por el referido precepto legal se refiere a enajenar o adquirir uno o más vehículos a sabiendas de que son robados y no al apoderamiento de ellos, lo que en su caso constituiría una figura delictiva distinta.”¹⁶⁷

“ROBO DE VEHICULO, CONFIGURACION DEL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Si está acreditado que los inculpados se apoderaron de un vehículo de motor para darse a la fuga después de haber asaltado una negociación, el cuerpo del delito de robo se configura aun cuando posteriormente los activos hubiesen abandonado el bien mueble robado, al tenor del artículo 377 del Código Penal del Estado de Puebla que a la letra dice: "Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el

¹⁶⁷ *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: VI.1o.P.160 P. Clave de Control Asignada por SCJN: Penal. Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 9na. Epoca - Materia: Penal. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Volumen: Tomo XV, Enero 2002 Página: 1348 PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO. Descripción de Precedentes: Amparo en revisión 288/2001. 30 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 - 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 207752

ladrón tenga en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella."¹⁶⁸

“ROBO, NATURALEZA MUEBLE DEL OBJETO EN QUE RECAE EL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).- Para considerar si la cosa sustraída en el delito de robo, tiene la calidad de mueble o inmueble, es indebido apoyarse en el criterio ficticio de distinción que entre ambas hace el derecho Civil alegando que la legislación penal no hace tal distingo; pues cabe destacar, que si se tomara en todos los casos el Código Civil como criterio de la legislación penal, sobrevendrían lagunas de ley en detrimento del patrimonio de los sujetos pasivos del delito; luego, en cuanto al tema, debe estarse a la naturaleza intrínseca del objeto en que recae el injusto, de tal suerte, que si la materia en que recayó el delito acusado, -cocos-, podían ser trasportados de un lugar a otro sin alterar su substancia, es indiscutible, que deben considerarse muebles, dado que no tenían fijeza y eran susceptibles de ser cambiados de ámbito territorial por aplicación de una fuerza externa sin alterarlos en esencia y finalidad.¹⁶⁹

El robo podrá ser considerado como tal, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando lo desapoderen de ella o se la quiten.

Una situación especial es el robo ejecutado con violencia, distinguiéndose la violencia moral y física. La primera será cuando el

¹⁶⁸ *Cfr.* Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: VI.1o.9 P. Clave de Control Asignada por SCJN: TC061009 PEN. Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Epoca - Materia: Penal. Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación. Volumen: XV-II Febrero Página: 539 PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Descripción de Precedentes: Amparo en revisión 37/88. Jesús Esquinca Hernández. 24 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: Ramón Sandoval Hernández. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico V3 Copyright 1998 - 2002 LEJR. Todos los Derechos Reservados. CIVJSCJN 178584

¹⁶⁹ *Cfr.* Semanario Judicial de la Federación, Octava época, Tomo XII, Diciembre 1993, Segundo tribunal Colegiado del Vigésimo primer Circuito, p. 954.

ladrón amague o amenace a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla. Y se entenderá por violencia física, aquella fuerza material aplicada a una persona para poder consumir el delito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado:

“ROBO EN LUGAR CERRADO. PENA APLICABLE EN CASO DE QUE NO SE DETERMINE EL MONTO DEL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA).- Según lo dispuesto por el artículo 360 fracción I, del Código Penal para el Estado de Sinaloa, cuando el delito de robo se cometa en lugar cerrado deberá aplicarse en contra del reo de seis meses hasta tres años de prisión de acuerdo al grado de peligrosidad en que se le haya ubicado; sin embargo, dicha agravante deberá aplicarse sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los numerales 353 y 356 del referido código, deban imponerse, es decir, en caso de que el monto de lo robado quede precisado (artículo 353) y, cuando se haya cometido el ilícito en forma violenta (artículo 356). Establecido lo anterior es claro, que cuando el valor de lo robado no se haya cuantificado y el delito se hubiere cometido en lugar cerrado, corresponde aplicar la sanción prevista por el artículo 354 del código citado, por ser este dispositivo el que sanciona el robo de cuantía indeterminada, sin que deba agravarse la situación del reo, pues el precepto legal que refiere dicha agravante no remite a esta última hipótesis; y considerar lo contrario, significa dar un sentido a la ley que no aparece estrictamente consignado, lo que resulta violatorio de la garantía prevista por el párrafo tercero del artículo 14 constitucional.”¹⁷⁰

Por otra parte, los elementos de este delito son:

- a) El apoderamiento;

¹⁷⁰ Cfr. Semanario Judicial de la Federación, Octava época, Tomo X, Noviembre 1992, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, p. 307.

- b) De una cosa ajena;
- c) Que el apoderamiento se efectúe sin derecho; y
- d) Que el apoderamiento se efectúe sin consentimiento de las personas que puedan disponer de la cosa con arreglo a la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al apoderamiento en el robo ha indicado:

“ROBO. APODERAMIENTO EN EL.- Dos son los elementos integradores del apoderamiento en el delito de robo: el material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa; y el moral o interno, consistente en el propósito del activo. En efecto, siendo el delito un acto humano, no se le puede considerar desligado del elemento moral (conocimiento y voluntad) que es de su esencia. Tan cierto es esto, que nuestra legislación penal clasifica a los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia, precisamente atendiendo a ese elemento interno; de lo contrario no tendrían razón de ser las circunstancias excluyentes de responsabilidad, ni tendrían existencia jurídica algunos delitos, como el parricidio, uno de cuyos elementos es el “conocimiento del parentesco” por parte del activo, conocimiento que lleva inherente la voluntad (o el propósito) de dañar al pasivo, sin el cual dejaría de ser parricidio. Así pues en el delito de robo, el acto material consistente en el apoderamiento, lleva inherente el elemento moral o subjetivo que consiste en el propósito (conocimiento y voluntad) de apoderarse de lo que es ajeno, por parte del activo.”¹⁷¹

¹⁷¹ *Cfr.* Semanario Judicial de la Federación. Séptima época. Volúmenes 91-96. Segunda Parte. Julio-diciembre 1976. Primera Sala. p. 46.

Respecto al apoderamiento, González De la Vega estima: “Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal”.¹⁷²

Jiménez Huerta opina: “El núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento que ha de realizar el sujeto activo”,¹⁷³ añadiendo posteriormente: “como para la configuración del delito de robo se precisa que la cosa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuándo, previo quebrantamiento de dicha posesión, la cosa queda en poder del agente. Esta determinación tiene importancia, pues de ella pende, presupuesta la concurrencia de los demás elementos típicos, la integración del delito”.¹⁷⁴

En torno a la propiedad de la cosa materia del delito de robo, el Poder Judicial de la Federación ha manifestado:

“ROBO. PARA SU CONFIGURACIÓN, ES INNECESARIA LA COMPROBACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA COSA MATERIA DEL DELITO.- Basta con que se demuestre la ajeneidad del bien objeto del apoderamiento respecto al sujeto activo y la ilegitimidad de su conducta para configurar el delito de robo; por tanto, en este caso es innecesario que el ofendido acredite en alguna forma la propiedad de dicho bien o el carácter de su tenencia, que sólo tiene trascendencia para la reparación del daño”.¹⁷⁵

De esta manera, considero que el robo está perpetrado desde el instante en que el imputado tiene en su poder el objeto material del

¹⁷² Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, “Derecho Penal Mexicano”, 10ª. Ed., México, Porrúa, 1970, p. 170.

¹⁷³ Vid. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “Derecho Penal Mexicano”. Parte Especial, Tomo IV, México, Antigua Librería Robledo, 1963, p.32.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ *Cfr.* Semanario Judicial de la Federación, Octava época, Tomo XII, Septiembre de 1993, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, p. 314.

delito; lo cual es concordante con lo que dispone el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece lo siguiente: “Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el inculpado tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella.”

2.3.3 CLASIFICACIÓN.¹⁷⁶

- A) EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD.- Se estima que el robo es un delito, porque viola el pacto social hecho por los hombres para vivir en sociedad, dañando el bien jurídico protegido, -el patrimonio- y, además, será perseguido por el representante social y juzgado por el poder judicial, quien impondrá en su caso la sanción.¹⁷⁷
- B) SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE.- De acción.- El robo se realiza a través de movimientos corporales y materiales, es decir, el ladrón ocupa conductas positivas para la perpetración del hecho delictivo.
- C) POR EL RESULTADO.- Es un delito material, porque para que se configure se requiere de un cambio en el mundo exterior.
- D) POR EL DAÑO.- Es un delito de lesión, porque está causando una disminución en el bien jurídico tutelado, el patrimonio de las personas.
- E) POR SU DURACIÓN.- El delito de robo es instantáneo cuando el hecho delictivo se consuma en el mismo acto de su realización.

¹⁷⁶ Vid. GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. “Teoría del Delito. Lecciones de cátedra”, México, UNAM-SUA, pp. 29-36.

¹⁷⁷ Vid. CASTELLANOS, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”; México, Porrúa, 1997, pp. 135-146.

Y será continuado cuando el agente mediante diversas conductas efectúa el robo de algún bien, es decir, con distintos actos se produce un solo resultado. Es permanente cuando se ejecuta el robo prolongándose en el tiempo.

- F) POR EL ELEMENTO INTERNO.- Es doloso cuando el agente tiene toda la intención de robar algún bien y lo realiza apropiándose de éste.
- G) POR SU ESTRUCTURA.- Simple porque sólo causa una lesión jurídica.
- H) POR EL NÚMERO DE ACTOS.- Unisubsistente, ya que en ninguno de los tipos penales referentes al robo se establece o exige la comisión mediante dos o más actos, es decir, es suficiente un solo hecho para la configuración del delito.
- I) POR EL NÚMERO DE SUJETOS.- Unisubjetivo, en todos los tipos establecidos para el robo, se colman con la participación de un solo sujeto, es decir, no exige ninguna disposición la participación de dos o más personas.
- J) POR SU FORMA DE PERSECUSIÓN.- De oficio, porque se persigue aún en contra de la voluntad del agraviado; la autoridad tiene la obligación de castigar a los responsables del delito de robo sin que medie petición del ofendido. De querrela, se perseguirá por petición de la parte ofendida cuando sea cometido el robo por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado o parientes por afinidad hasta el segundo grado; también para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos mencionados con antelación.

- K) EN FUNCIÓN DE SU MATERIA.- Federal, porque lo encontramos en un ordenamiento de aplicación nacional. Común, será cuando el robo sea cometido dentro de la jurisdicción local, sometiéndose al ordenamiento penal de este mismo tipo.
- L) CLASIFICACIÓN LEGAL.- Delitos en contra de las personas en su patrimonio.
- M) COMPLEMENTADO.- Porque al tipo penal básico se le podrán agregar circunstancias calificadas que podrán ser atenuantes o agravantes, siempre y cuando éstas se actualicen y demuestren. Una de las clasificaciones reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina mexicanas es la de delitos básicos y complementados, en la que ambos participan, en principio, de igualdad de elementos estructurales, naturaleza, bien jurídico protegido, especie delictiva; sin embargo, se diferencian precisamente en virtud de que uno de ellos, el complementado, contiene además, expresa o implícitamente dentro de la descripción típica, algún elemento adicional que precisamente lo diferencia o complementa, ya sea agravando o atenuando la hipótesis básica y, por ende, la pena correspondiente. Ese elemento o componente puede además ser referenciado a circunstancias de ejecución, de objeto o medios empleados o de aspectos cualitativos del sujeto, pero cualquiera que fuese la naturaleza de ese elemento adicional, es evidente que de no acreditarse no se configura entonces la hipótesis complementada, ya atenuada o agravada, con independencia de poder subsistir tan sólo la figura básica en caso de que por sí misma constituya el delito de que se trate. Como se ve, resulta indispensable, en casos como ese, el adentrarse en el estudio sobre el acreditamiento o no de tales

elementos diferenciadores, sobre todo cuando respecto de esa clase de delitos se efectúa la consignación, pues sólo así se cumple de mejor manera con la clasificación preliminar correspondiente a la etapa procesal respectiva. Es decir, tratándose de los llamados delitos complementados, es necesario el estudio de sus componentes, lo que deriva de su especial composición y del ejercicio de la acción penal en cada injusto.¹⁷⁸

2.4 ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE ROBO DE VEHÍCULO EN LA TEORÍA HEPTATÓMICA DEL DERECHO PENAL.

2.4.1 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Serán imputables del delito de robo los capaces de querer y entender en el mundo del Derecho Penal. Cuando el agente voluntariamente se ponga en estado de inimputabilidad para cometer el ilícito, estaremos frente a una acción libre en su causa, por ende, será considerado imputable.¹⁷⁹

El delito se excluye al momento de realizar el hecho típico, cuando el agente no tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer

¹⁷⁸ *Cfr.* “DELITOS COMPLEMENTADOS. SU NATURALEZA Y ACREDITACIÓN.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 290/2000. 15 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Enrique Martínez Guzmán. Amparo en revisión 55/2003. 27 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez. Amparo en revisión 39/2003. 6 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez.

¹⁷⁹ *Vid.* CASTELLANOS, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”; México, Porrúa, 1997, pp. 217-232.

trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.¹⁸⁰

2.4.2 CONDUCTA Y AUSENCIA.

El delito de robo se comete únicamente por acción, a virtud de que se exige de un acto material y positivo para violar la prohibición legal, es decir para apoderarse de la cosa ajena es necesario un actuar, un movimiento.¹⁸¹

El sujeto activo será cualquier persona que se apodere de una cosa ajena. El sujeto pasivo será la víctima u ofendido sobre el que recaiga el daño del injusto penal.¹⁸²

El objeto material es la cosa ajena robada. El objeto jurídico es el patrimonio de las personas. La ausencia de conducta se actualiza por:

- a) Fuerza física, debe ser superior e irresistible y puede presentarse cuando el agente es físicamente obligado por una persona a tomar una cosa ajena, sin poder resistir dicha fuerza.
- b) Hipnotismo, cuando a una persona la colocan en estado de letargo, logrando sobre ella un control de sus actos para apoderarse de alguna cosa ajena; debemos recordar que si voluntariamente el agente se puso en estado hipnótico, estaremos frente a una acción libre en su causa.

¹⁸⁰ Vid. GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, “Teoría del Delito. Lecciones de cátedra”; México, UNAM-SUA, pp. 83-90.

¹⁸¹ Vid. CASTELLANOS, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”; México, Porrúa, 1997, pp.147-166.

¹⁸² Vid. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “Derecho Penal Parte General”; México, Trillas, 1997, pp. 146-155.

- c) Sonambulismo, puede darse el caso que el agente lo padezca, es decir, alteración del sistema nervioso por la cual se realizan actos en un estado de inconsciencia; y estando en esta situación se apodere de cosa ajena.¹⁸³

2.4.3 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Tipo, el delito de robo se encuentra regulado del artículo 220 al 226 del Código Penal para el Distrito Federal. La tipicidad es el encuadramiento de la conducta al tipo penal; para que sea típica la conducta de robo, deberá adecuarse a alguno los tipos establecidos por el legislador para el delito de robo.¹⁸⁴

Por su composición: El delito de robo es normal porque está conformado por elementos objetivos. Será anormal cuando además de contener elementos objetivos, también se conforma con elementos subjetivos o normativos.

Por su ordenación metodológica: Es fundamental, porque es un tipo con plena independencia, formado por una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

Por su independencia: Es autónomo, porque tiene vida propia, no necesita de la realización de algún otro delito.

Por su formulación: Amplios, contienen en su descripción una hipótesis única donde caben todos los modos de ejecución.

¹⁸³ Vid. GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, “Teoría del Delito. Lecciones de cátedra”; México, UNAM-SUA, pp. 51-63.

¹⁸⁴ Vid. CASTELLANOS, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”; México, Porrúa, 1997, pp. 167-176.

Por el daño: Es de lesión, porque requiere de un resultado, es decir un daño al bien jurídicamente tutelado.¹⁸⁵

La atipicidad es la ausencia de calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activos, sujetos pasivos, o bien si falta el objeto material o el objeto jurídico. Será causa de atipicidad si la cosa no era ajena, o no se lesionare el bien jurídico tutelado por la norma: patrimonio.¹⁸⁶

2.4.4 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Quien cometa el delito de robo estará realizando una conducta antijurídica, es decir, contraria a derecho. Como causas de justificación encontramos:¹⁸⁷

- a) Estado de necesidad, es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley, los cuales entran en conflicto, sacrificándose el de menor valía.
- b) Cumplimiento de un deber, puede presentarse cuando el agente encuentre a una persona herida que necesita ingerir ciertos medicamentos, por lo que toma de una farmacia dichos medicamentos sin pagarlos, por la premura en que se encuentra para ir a auxiliar a aquella persona.
- c) Obediencia jerárquica, se presenta cuando un superior ordena a un subordinado jerárquicamente, apoderarse de cosa ajena sin el consentimiento de quien puede disponer de ella.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Vid. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, "Derecho Penal Parte General"; México, Trillas, 1997, pp. 210-233.

¹⁸⁶ Vid. GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, "Teoría del Delito. Lecciones de cátedra", México, UNAM-SUA, pp. 65-71.

¹⁸⁷ Vid. CASTELLANOS, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; México, Porrúa, 1997, pp. 177-216.

¹⁸⁸ Vid. GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, "Teoría del Delito. Lecciones de cátedra", México, UNAM-SUA, p. 73-81.

2.4.5 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

El delito de robo es un tipo eminentemente doloso, a virtud de que necesita la intención del activo para la comisión de éste.¹⁸⁹ En el dolo directo el resultado producido por el agente con su conducta, coincide exactamente con su voluntad. Mientras que el dolo indirecto se presenta cuando se ejecuta una conducta sobre la que el sujeto no tiene el interés de cometer el delito de robo, pero sabe que necesariamente se dará al realizar sus fines. Por su parte el dolo eventual, se presenta cuando el agente para obtener sus fines sabe que probablemente se presenten otros resultados delictivos. Y el dolo indeterminado es cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir.¹⁹⁰

La inculpabilidad se materializa en tres situaciones:

- a) Error esencial de hecho invencible, se puede presentar por error de licitud (eximente putativa), cuando el agente piensa que está actuando bajo una causa de justificación.
- b) No exigibilidad de otra conducta, cuando al agente no se le puede obligar a un comportamiento contrario a la naturaleza humana.
- c) Temor fundado, se puede presentar cuando el agente, bajo circunstancias objetivas y evidentes, está obligado a actuar de determinada manera.¹⁹¹

¹⁸⁹ Vid. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “Derecho Penal Parte General”; México, Trillas, 1997, pp. 262-284.

¹⁹⁰ Vid. CASTELLANOS, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”; México, Porrúa, 1997, pp. 233-276.

¹⁹¹ Vid. GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, “Teoría del Delito. Lecciones de cátedra”, México, UNAM-SUA, pp. 93-103.

2.4.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

No se presentan. Por consiguiente, hay ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.¹⁹²

2.4.7 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad es el merecimiento de la pena. En el delito de robo se encuentra prevista en el artículo 220, del Código Penal para el Distrito Federal.¹⁹³

“Artículo 220. Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán:

I. Se deroga

II. Prisión de seis meses a dos años y sesenta a ciento cincuenta días multa, cuando el valor de lo robado no exceda de trescientas veces el salario mínimo o cuando no sea posible determinar el valor de lo robado;

III. Prisión de dos a cuatro años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de trescientas pero no de setecientas cincuenta veces el salario mínimo, y

IV.- Prisión de cuatro a diez años y de cuatrocientos o seiscientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de setecientas cincuenta veces el salario mínimo.

Para determinar la cuantía del robo, se atenderá únicamente al valor de mercado que tenga la cosa en el momento del apoderamiento.”

“Artículo 224. Además de la penas previstas en el artículo 220 de este Código, se impondrá de dos a seis años de prisión, cuando el robo se cometa: ...VIII. Respecto de vehículo automotriz o parte de éste...”.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 107-110.

¹⁹³ *Ibidem*, pp.113-125.

En este mismo orden de ideas, el artículo 248 de la mencionada ley sustantiva penal capitalina constituye una dualidad ya que establece una atenuante de pena y también una excusa absolutoria al disponer: “No se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de la modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión. En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados.”¹⁹⁴

Ahora bien, en otro orden de ideas, la individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos que es necesario y posible privar al autor del delito para procurar su resocialización.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Vid. CASTELLANOS, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”; México, Porrúa, 1997, pp. 275-282.

¹⁹⁵ Vid. LORANCA MUÑOZ Carlos, “Individualización Judicial de las Penas y las Medidas de Seguridad”, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2008, p. 97.

El elevado interés público que inspira y mueve al proceso penal plantea una exigencia a la satisfacción de la cual debe proveer éste lo más eficazmente posible: la realidad de los acontecimientos que son el contenido de hecho del objeto del proceso debe aparecer íntegra, genuina y sinceramente, sin manipulaciones ni restricciones. El esfuerzo por la verdad, la búsqueda de la verdad, de hecho deben preocupar en el proceso, deben dominarlo. También es cuestión de interés público el que los delincuentes sean castigados y los inocentes absueltos sobre la base de lo que son, de lo que han cometido, de lo que han tenido voluntad de hacer.

La sentencia del Juzgador, con la que el proceso termina, no es juzgada favorablemente por la conciencia social y no está en acuerdo con los fines del proceso, si no responde a la realidad, por lo menos si no es el fruto de una investigación completa y libre de perjuicios. Es necesario, por tanto, que el Juzgador sostenga no una verdad cualquiera, una verdad limitada y convencional, sino la efectiva; es decir, que esclarezca cómo se desarrollaron los hechos en la realidad, con el fin de que, constanding sin ninguna clase de dudas, le sirvan para fundar su labor y emitir su juicio.

La individualización de la personalidad del justiciable se resuelve en realidad en un método.¹⁹⁶ El proceso penal obtiene su resultado final en la declaración de responsabilidad o de inocencia para la imposición de una medida de seguridad frente a un sujeto al que se imputa un delito; en tal caso son indispensables las investigaciones tendientes al descubrimiento de la personalidad del mismo.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 103. Obtención del marco penal concreto.: I. Concurrencia de calificaciones o de subtipos privilegiados, calificativas, modificativas y atenuantes. II. Delito inacabado o tentado, o delito frustrado. III: Grado de participación del delincuente. IV. Excluyente incompleta del delito. V: Concurso de delitos (real o ideal) y delito continuado. VI: Reincidencia o habitualidad.

Por lo demás, el fin de la individualización de la personalidad del justiciable está de acuerdo con el principio moderno de Derecho Penal que propugna la individualización de la pena y de la medida de seguridad. La necesidad de esta investigación se presenta en cuatro extremos: 1) Para juzgar el hecho cometido y si lo ha realizado el acusado. 2) Para declarar o no su responsabilidad. 3) Para determinar, cuando sea del caso, la sanción que deba aplicarse. 4) Para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la pena.¹⁹⁷

Como sabemos, no nos encontramos en el proceso sólo una relación jurídica a calificar jurídicamente, sino también un ser humano a juzgar, cuyo conocimiento completo es indispensable. El Derecho Penal actual está penetrado de la idea de la individualización del justiciable, y por ello en el proceso la personalidad de éste debe ser explorada con el auxilio de los adelantos conseguido por la Antropología y Psicología Criminales, junto con los datos que suministra la conducta del justiciable y las circunstancias del hecho.

Por su parte los artículos 410 y 411, ambos del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen:

“Artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia

¹⁹⁷ *Ibidem*, p.104. Obtención del índice de reprochabilidad de la culpa del enjuiciado (circunstancias no legisladas): I. Antecedentes penales. II. Magnitud del daño causado al bien jurídico protegido o del peligro a que hubiese sido expuesto. III. Naturaleza de la acción u omisión. IV. Medios empleados para ejecutar el delito. V. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado. VI. Calidad del agente y de la víctima u ofendido. VII. Edad del enjuiciado. VIII. Educación o ilustración del reo. IX. Usos y costumbres. X. Condiciones sociales y económicas del delincuente. XI. Motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. XII. Condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito.

la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción.

Se podrán tomar en consideración los dictámenes periciales y otros medios de prueba para los fines señalados en el presente artículo.

Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres.

En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de los máximos señalados en la ley penal aplicable. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para

los restantes delitos. No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido.

El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no serán aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Sí serán aplicables las que se fundamenten en circunstancias objetivas, siempre que los demás sujetos tengan conocimiento de ellas.”

“Artículo 411. Emisión y exposición de las sentencias El Tribunal de enjuiciamiento deberá explicar toda sentencia de absolución o condena.”

Y el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señalaba:

“Artículo 72.- Toda resolución judicial expresará la fecha en que se pronuncie.

Los decretos se reducirán a expresar el trámite.

Los autos contendrán una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de sus fundamentos legales.

Las sentencias contendrán:

I. El lugar en que se pronuncien;

II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación oficio o profesión;

III. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias;

IV. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y

V. La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutivos.”

En este mismo orden de ideas los numerales del 70 al 72 del Código Penal para el Distrito Federal refieren respecto a la individualización de la pena lo siguiente:

“Artículo 70 (Regla general). Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en

cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, en los términos del artículo 72 de este Código.

Cuando se trate de punibilidad alternativa, en la que se contemple pena de prisión, el juez podrá imponer motivando su resolución, la sanción privativa de libertad sólo cuando ello sea ineludible para los fines de justicia, prevención general y prevención especial.”

“Artículo 71 (Fijación de la disminución o aumento de la pena). En los casos en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable será para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista por aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres meses.

Cuando se prevea la disminución o el aumento de una pena con referencia a otra, se fijará con relación a los términos mínimo y máximo de la punibilidad que sirva de referencia.

En estos casos, el juzgador individualizará la pena tomando como base el nuevo marco de referencia que resulte del aumento o disminución.

En ningún caso se podrán rebasar los extremos previstos en este Código.

Lo previsto en el párrafo anterior no es aplicable para la reparación del daño ni la sanción económica.”

“Artículo 71 Bis.- (De la disminución de la pena en delitos no graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate.”

“Artículo 71 Ter.- (De la disminución de la pena en delitos graves) Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la materia. Este beneficio no es aplicable para los delitos de Homicidio, previsto en el artículo 123 en relación al 18, párrafo segundo; Secuestro, contenido en los artículos 163, 163 Bis, 164, 165, 166 y 166 Bis, con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164; Desaparición Forzada de Personas, previsto en el artículo 168; Violación, previsto en los artículos 174 y

175; Pornografía Infantil, a que se refiere el artículo 187; Robo, previsto en el artículo 220, en relación al artículo 225; Tortura, previsto en los artículos 294 y 295; todos de este Código.”

“Artículo 71 Quáter.- (Reglas generales para la aplicación de las penas disminuidas por reconocimiento de participación en la comisión del delito). El otorgamiento de la pena disminuida sólo será aplicable tratándose de primodelincuentes por delitos dolosos consumados y se requerirá que el reconocimiento que haga el sujeto activo de su participación en la comisión del delito se encuentre robustecido con otros elementos de prueba, para cuyo efecto se observarán las reglas previstas en los tres últimos párrafos del artículo 71 de éste Código.”

“Artículo 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

- I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;
- VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

Para una correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular, ni es suficiente hablar sobre las circunstancias que enumeran con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley; es menester razonar su pormenorización con las peculiaridades del reo y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera cómo influyen en el ánimo del juzgador para detenerlo en cierto punto, entre el mínimo y el máximo (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, Sexta época, segunda parte, número 206).

La individualización de la pena del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no sólo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, pues el sentenciador por imperativo legal debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ello las sanciones que al agente del delito deban de ser aplicadas, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del justiciable, sino la conclusión racional resultante del examen de su personalidad en sus diversos aspectos y los móviles que lo indujeron a cometer el delito.

Por regla general el quantum de la pena debe guardar proporción analítica con la verdad de la infracción y con las características del justiciable; y si el análisis valorativo de las circunstancias de agravación o atenuación que deben tomarse en cuenta para la individualización de la pena es favorable al reo, el monto de la sanción se moverá hacia el mínimo y en caso contrario hacia el máximo; más si se señala la pena en desacuerdo con el análisis del hecho y del infractor que hace el juzgador e impone una pena excesiva en relación al índice obtenido hay inexacta aplicación de la ley y se violan garantías del quejoso (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, Sexta época, segunda parte, número 208).

Por tanto, para alcanzar claridad la resolución del juzgador y hacer verificable que la individualización de la pena sea acorde con el grado de culpabilidad estimado, es necesario que la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad sea precisa, esto es, debe tener especial cuidado con la expresión que emplee para designarlo, de modo tal que no pueda existir duda en cuanto al grado de culpabilidad estimado en el sentenciado que se trate.

Ahora bien, para evidenciar el grado de culpabilidad del inculcado, el juzgador no se encuentra obligado a seguir algún procedimiento matemático específico dentro de los muchos posibles (por ejemplo, usar porcentajes, fracciones), pues no existe prescripción constitucional o legal en ese sentido. Por tal motivo, el juzgador puede valerse de cualquier método, siempre y cuando ese resulte adecuado a fin de poder determinar con claridad cuál es el lugar o escalafón en el que se encuentra ubicado el grado de reproche del inculcado, dentro de algún parámetro que va de una culpabilidad mínima a una máxima, para de esa manera poder demostrar que, de conformidad con las reglas que

rigen la individualización de la pena, la sanción impuesta al inculpado resulta congruente con el grado de reproche que se le atribuyó.

La determinación de la pena a imponer por parte del juzgador, se rige por lo que la doctrina llama sistema de marcos penales, en los que hay una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y un mínimo fijados para cada tipo de delito. Ahora bien, diversas circunstancias del hecho, pueden dar lugar a que cambie el inicial marco penal típico, ello sucede por la concurrencia de cualificaciones o de subtipos privilegiados; por estar el hecho aún en grado de preparación; por existir excluyentes incompletas, o un error de prohibición vencible, o por las reglas del concurso o del delito continuado. Fijada esa cuantía concreta imponible, el juzgador sin atender ya a ninguna de esas eventualidades del hecho (a fin de no recalificar la conducta del sentenciado), teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada delincuente y las exteriores de ejecución del delito (artículo 72) moviéndose el límite hacia el máximo establecido mediante un poder discrecional y razonal (artículo 73) deberá obtener el grado de culpabilidad; y en forma acorde y congruente a ese *quantum* imponer la pena respectiva.¹⁹⁸

En resumen, si el juzgador considera que el acusado evidencia un grado de culpabilidad superior al mínimo en cualquier escala deberá razonar debidamente ese aumento, pues debe partir de que todo inculpado es mínimamente culpable de acuerdo al Principio de *In Dubio Pro Reo*, y proceder a elevar el mismo, de acuerdo con las pruebas que existan en el proceso relacionadas éstas sólo con las características peculiares del enjuiciado y aquellas que se desprendan de la comisión

¹⁹⁸ *Cfr.* Criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: “**INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)**”; Novena época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, octubre de 2000, tesis VI.1º.P.J/5, página 1171.

del hecho punible; pues si bien es cierto que el juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, ya que de ser así desaparecería el arbitrio judicial, no menos verdadero es que esa facultad de elección y de determinación que concede la ley, no es absoluta ni arbitraria, por el contrario debe ser discrecional y razonable.

Del análisis de los artículos 70 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal vigente se advierte que el juzgador goza de autonomía para imponer las penas y medidas de seguridad que estime justas, y tomando en consideración los márgenes de punibilidad que para cada delito establezca la ley, la gravedad del ilícito de que se trate y el grado de culpabilidad del inculcado; sin embargo, y precisamente en atención al arbitrio del juzgador, la ley no fija denominaciones o categorías predeterminadas respecto a la graduación de la culpabilidad, sino que se limita a proporcionar reglas normativas para regular el criterio del juzgador; de ahí que éste deba ser especialmente cuidadoso con la expresión que emplee para designar el grado de culpabilidad del enjuiciado, sin perder de vista que de acuerdo al Principio de Congruencia que rige en toda resolución judicial el *quantum* de la pena (cualquiera que ésta sea) o medida de seguridad impuesta, debe ser proporcionada a dicho grado, así como que para referirse a las diferentes graduaciones entre la mínima y la máxima se han empleado diversos vocablos convencionalmente aceptados, tales como mínima, equidistante entre la mínima y media, media, equidistante entre media y máxima, y máxima, sin que esto signifique que para mencionar los puntos intermedios entre estos parámetros, el juzgador esté obligado a realizar combinaciones de los vocablos anteriores *ad infinitum*; por ende, basta que la expresión empleada por el juzgador permita determinar con congruencia, motivación y exhaustividad en cada caso concreto, y tomar en cuenta el mínimo y el máximo de la punibilidad del

delito de que se trate, la correspondencia entre la pena concretamente impuesta y el grado de culpabilidad del sentenciado.¹⁹⁹

De acuerdo a lo que establecen los artículos 71 y 72 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el juzgador debe de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiares del justiciable, así como las referidas al hecho y a la víctima, para la individualización de la pena; si bien es cierto que la cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, que goza de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos señalados en la ley; también lo es que ese arbitrio encuentra limitación en el acatamiento de las reglas normativas de la individualización de la pena.

En este orden de ideas, se tiene que para alcanzar claridad la resolución del juzgador y hacer verificable que la individualización de la pena sea acorde con el grado de culpabilidad estimado, es menester que la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad sea precisa, así, entre la mínima y la máxima pueden expresarse las graduaciones: equidistante entre la mínima y la media, media o equidistante entre la media y la máxima, o las intermedias entre los puntos mínimo, medio y máximo, en relación con las equidistantes entre éstos.

La cita de los medios de graduación referidos evita el uso de locuciones ambiguas y abstractas que no determinan el nivel exacto de culpabilidad, lo que se traduce en una deficiente individualización de la pena que impide dilucidar el aspecto de congruencia que legalmente

¹⁹⁹ *Cfr.* Criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: “**PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. PRECISIÓN DEL VOCABLO EMPLEADO PARA DESIGNAR EL GRADO DE CULPABILIDAD, DEBE DETERMINARSE EN CADA CASO CONCRETO**”; Séptimo Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito, tesis 1.7º.P.2P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, tomo XIII, febrero de 2001, página 1668. Amparo Directo 267/2002, 8 de febrero de 2002, unanimidad de votos, Ponente: Miguel Ángel Aguilar López, Secretaria: Ana Luisa Beltrán González.

debe existir entre el quantum de la sanción impuesta y el índice de culpabilidad del justiciable, ya que al determinarse tal aspecto e imponer una condena que aritméticamente se ubique dentro del nivel de culpabilidad resultante, ello hace posible colegir con certeza, si la pena es acorde a la individualización determinada. De ahí que se debe establecer el grado de culpabilidad del sujeto activo en forma inteligible y precisa, pues imponer una pena que no corresponda al grado de culpabilidad resulta violatorio de garantías para el sentenciado.²⁰⁰

De conformidad con los artículos 70 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el Juez deberá individualizar la pena, dentro de los límites previamente fijados por el legislador, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente. De ahí que la discrecionalidad de la que goza aquél para cuantificar las penas esté sujeta a que motive adecuadamente el lugar o escalafón en el que se ubica el grado de reproche imputado al inculpado, dentro del parámetro que va de una culpabilidad mínima a una máxima, para así poder demostrar, en cumplimiento a las normas que rigen la individualización de la pena y con el principio de la exacta aplicación de la ley, que el *quantum* de la pena resulta congruente con el grado de reproche del inculpado, por encontrarse ambos en igual lugar dentro de sus respectivos parámetros. Para lograr tal fin el juzgador puede valerse de cualquier método que resulte idóneo para ello, pues no existe norma alguna que lo constriña a adoptar algún procedimiento matemático en

²⁰⁰ Cfr. Criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: **“PENA. DEBE SER CONGRUENTE CON EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO, LA CUAL DEBE ESTABLECER EN FORMA INTELIGIBLE Y PRECISA”**; Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, febrero de 2001, página 1668.

específico, entre los diversos que resulten adecuados para desempeñar dicha labor.²⁰¹

Para una correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular, ni es suficiente hablar de las circunstancias que enumeran, con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley; es menester razonar su pormenorización con las peculiaridades del reo y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera cómo influyen en el ánimo del juzgador para detenerlo en cierto punto entre el mínimo y el máximo.²⁰²

Por regla general el *quantum* de la pena debe guardar proporción analítica con la gravedad de la infracción y con las características del justiciable, y si el análisis valorativo de las circunstancias que deben tomarse en cuenta para la individualización de la pena es favorable al reo, el monto de la sanción se deberá mover hacia el mínimo; más si se señala la pena en desacuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el juzgador e impone una pena excesiva en relación al índice así obtenido, hay inexacta aplicación de la ley y se violan garantías del quejoso.²⁰³

²⁰¹ *Cfr.* Criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: “**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. EL JUZGADOR PUEDE ACREDITAR EL GRADO DE CULPABILIDAD A TRAVÉS DEL MÉTODO IDÓNEO**”; contradicción de tesis 79/2005-PS, tesis de jurisprudencia 157/2005, aprobada por la Primera Sala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de 4 de noviembre de 2005. Jurisprudencia, Novena época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, enero de 2006, tesis 1ª.J.157/2005, página 347.

²⁰² *Cfr.* Criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: “**PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. REQUISITOS**”; Octava época, Tesis II.3º.J/34, Gaceta número 58, página 43; véase ejecutoria en el semanario judicial de la Federación, tomo X-octubre, página 244.

²⁰³ *Cfr.* Criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: “**PENA, INDIVIDUALIZACIÓN INDEBIDA DE LA**”; Sexta época, primera Sala, tesis 1260, Apéndice 1988, segunda parte, página 2040.

Ahora bien, la individualización de la pena tiene como objeto precisar cuál es la medida y dimensión del tratamiento resocializador al que debe someterse al justiciable; y en ese sentido, tomando en consideración que el sistema jurídico descansa en el Principio de la Justicia, que entre otras cuestiones, debe satisfacer la seguridad jurídica de la enjuiciada, y de la sociedad, se requiere que para una correcta individualización de las sanciones a imponer, resulte de interés preponderante la culpabilidad del agente del delito, a fin de llegar a la decisión justa en cada caso.

No se pasa desapercibido que, tanto en el Código Penal Federal, como en el Código Penal para el Distrito Federal, se incluye en el título de delitos patrimoniales un capítulo de disposiciones comunes. En él se señalan los casos que se persiguen por querrela y aquellos en los que no se impone sanción alguna. Por ser el patrimonio u bien “disponible”, se ha entendido que prevalece el interés privado, el de la víctima. Esto cambia cuando se emplea violencia en las personas, porque se pone en riesgo sus vidas o su integridad física, donde prevalece el interés público, pues es la protección del ser humano.

No omito destacar que los delitos que se persiguen por querrela se ampliaron, en 2004²⁰⁴, a los daños culposos y a los de tránsito de vehículo culposo cuando el conductor se dé a la fuga o no preste auxilio.

En 2006²⁰⁵ se adiciona un párrafo al artículo 226 en el que se establece que el sentenciado, ejecutoriado por los delitos de abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta e insolvencia fraudulenta, sean perseguibles por querrela o de oficio, podrá obtener su libertad inmediata cuando cubra la totalidad de la reparación del daño y una vez

²⁰⁴ *Cfr.* Gaceta Oficial del 4 de junio de 2004.

²⁰⁵ *Cfr.* Gaceta Oficial del 9 de junio de 2006.

que se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, por parte de la autoridad judicial única y exclusivamente; para tal efecto, sigue el artículo 226, es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.

Cabe destacar la disposición del artículo 248 del Código Penal para el Distrito Federal que establece que no se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234, cuando el monto o el valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de 50 veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237, fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas; y 239, todos ellos cuando el agente sea primo delinciente, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión. Prevé, asimismo, que se reduzca en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados.

Lamentablemente esta disposición que, de hacerse efectiva, permitiría una mejor solución del conflicto y una disminución importante de la carga de trabajo de los operadores jurídicos del sistema, sin perjuicio para la sociedad por tratarse de delitos de “bagatela”,²⁰⁶ es muy poco

²⁰⁶ **Delitos de bagatela.** Son delitos que tienen escasa repercusión social, delitos de poca importancia. La bagatela puede ser apreciada desde 2 puntos de vista: 1. Disposiciones de la ley que reglamentan conductas insignificantes. 2. Delitos que no suelen cometerse a menudo, en

aplicada en la práctica, debido, fundamentalmente, a la interpretación estrecha que se hace de la misma.

Se exige que la restitución sea espontánea, antes de llegar en presencia del Ministerio Público, lo que ocurre en contadas ocasiones, y en otras, la víctima se niega a recibirla y prefiere presentar la querrela, como es el caso de tiendas de autoservicio y departamentales. Además, se entiende que las sanciones las impone el Juez, por lo que el Ministerio Público interpreta su obligación de consignar y dejar que sea en la sentencia que se decida la no imposición de la pena.

En otro orden de ideas observamos que varios son los factores que han coadyuvado para propiciar el gran número de reformas a la ley penal, entre ellos destaca la preocupación política del legislador por tratar de dar respuesta al fenómeno delincencial en la capital del país y el reclamo de seguridad de la población.

Para ello, recurre a la reforma legislativa procurando cubrir aquellos eventos que, en virtud de la aplicación rigurosa del principio “*Nullum Crimen*”, quedan fuera de la regulación penal o no son totalmente comprendidos por esta, y, la mayoría de las veces, incrementando las punibilidades para intimidar a los potenciales delincuentes y para generar credibilidad en los habitantes respecto a la labor legislativa. Hay evidencias de que estos objetivos no fueron alcanzados, los índices delincuenciales no han disminuido por el incremento de punibilidad de determinados delitos, ni la población se ha sentido mayormente protegida por estas acciones.

2.5 EL ROBO DE VEHÍCULO VISTO DESDE LA JURISPRUDENCIA.

consecuencia, hay escasa lesión a los bienes jurídicos que son objeto de tales delitos.
<http://estudiobandin.blogspot.mx/2013/01/el-principio-de-bagatela-en-los-delitos.html>

Del contenido del tipo penal previsto en el artículo 224, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal vigente en el 2015, reformado y adicionado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 15 de mayo de 2003, con vigencia a partir del día siguiente que, en lo conducente, señala: “Además de las penas previstas en el artículo 220 de este Código, se impondrá de dos a seis años de prisión cuando el robo se cometa...VIII.- Respecto de vehículo automotriz o partes de éste”, se pone de manifiesto el propósito del legislador en el sentido de sancionar con mayor severidad esta conducta delictiva y precisar el objeto materia sobre el que recaiga el apoderamiento ilícito, en el caso, un vehículo automotriz o parte de éste, lo cual obedece a la frecuencia con la que en la actualidad se comete dicho ilícito.

Por tanto, se señala por la autoridad judicial, que para tener por acreditada tal circunstancia, es indispensable demostrar que el objeto materia sobre el que recayó el apoderamiento ilícito consistió precisamente en un vehículo automotriz o parte de éste, sin que de forma alguna deba tenerse a tales objetos como los mismos a los que se refiere el tipo penal previsto en el artículo 220 del mencionado ordenamiento legal que establece el delito de robo genérico, en el que no se precisa la clase o tipo de cosa ajena mueble tomada con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo.

Sobre el particular, sostienen los operadores jurídicos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que por similitud jurídica, es aplicable la tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en la página 1472, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, junio de 2004, Novena época, del tenor literal siguiente: “ROBO CALIFICADO CUANDO EL OBJETO DEL DELITO ES UN VEHÍCULO AUTOMOTRIZ O PARTE DE ÉSTE.”

En este orden de ideas refieren también el criterio jurisprudencial de la Novena Época, Registro: 168262, Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Diciembre de 2008, Materia(s): Penal, Tesis: I.4º.P. J/12, Página: 932 de rubro y texto siguiente:

“ROBO CALIFICADO. SU ACREDITAMIENTO EN TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 220, PÁRRAFO PRIMERO Y 224, FRACCIÓN VIII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VULNERA EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM, NO OBSTANTE QUE EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO SEA UNA PARTE DEL VEHÍCULO AUTOMOTRIZ, QUE AL MISMO TIEMPO SATISFACE LA CALIDAD ESPECÍFICA DE LA CALIFICATIVA.- El principio *“Non Bis In Idem”*, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Federal prohíbe que se juzgue a un gobernado dos veces por el mismo delito. Ahora bien, el hecho de que la autoridad judicial tenga por acreditado el delito de robo calificado, previsto en los artículos 220, párrafo primero y 224, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal, no vulnera el principio constitucional referido, a pesar de que el objeto material del delito lo constituya una parte del vehículo automotriz, que al mismo tiempo satisface la calidad específica requerida para el acreditamiento de la calificativa. En efecto, del análisis teleológico de ambos dispositivos legales no se advierte que las normas penales citadas sean incompatibles, lo que en su caso obligaría a la prevalecencia de una de ellas, pues el tipo penal básico hace referencia al objeto material como elemento del delito, sin asignarle alguna característica especial diversa cuando se trate de un bien mueble; conceptualización que de ninguna manera puede estimarse subsumida en la calificativa relativa a partes de vehículo automotriz, pues en ella el legislador resaltó el interés que

tiene en proteger con mayor relevancia determinados bienes, dado el aumento en el robo de éstos.”

Asimismo mencionan el criterio jurisprudencial de la Novena Época, Registro: 177812, Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Julio de 2005, Materia(s): Penal, Tesis: I.3º.P. J/15, Página: 1216, de rubro y texto siguientes:

“ROBO CALIFICADO, CUANDO EL OBJETO DEL DELITO ES UN VEHÍCULO AUTOMOTRIZ O PARTE DE ÉSTE.- Del contenido del tipo penal previsto en el artículo 224, fracción VIII, del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, reformado y adicionado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de quince de mayo del año dos mil tres, con vigencia a partir del día siguiente, que en lo conducente señala: “Además de las penas previstas en el artículo 220 de este código, se impondrá de dos a seis años de prisión cuando el robo se cometa: ... VIII. Respecto de vehículo automotriz o parte de éste.”, se pone de manifiesto el propósito del legislador en el sentido de sancionar con mayor severidad esta conducta delictiva y precisar el objeto material sobre el que recaiga el apoderamiento ilícito, en el caso, un vehículo automotriz o parte de éste, lo cual obedece a la frecuencia con la que en la actualidad se comete dicho ilícito; por tanto, para tener por acreditada tal calificativa, es indispensable demostrar que el objeto material sobre el que recayó el apoderamiento ilícito, consistió precisamente en un vehículo automotriz o parte de éste, sin que de forma alguna deba tenerse a tales objetos como los mismos a los que se refiere el tipo penal previsto en el artículo 220 del mencionado ordenamiento legal que establece el delito de robo genérico, en el que

no se precisa la clase o tipo de cosa ajena mueble tomada con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo.” De igual manera aluden al criterio jurisprudencial de la Novena Época, Registro: 171298, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1ª. CXCI/2007, Página: 418, de rubro y texto siguientes:

“ROBO CALIFICADO. EL ARTÍCULO 224, FRACCIÓN VIII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE PREVÉ UNA PENALIDAD AGRAVADA DIVERSA A LA ESTABLECIDA PARA EL TIPO BÁSICO, TRATÁNDOSE DE VEHÍCULO AUTOMOTRIZ O PARTE DE ÉSTE, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- Al señalar el mencionado precepto constitucional que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, consagra la garantía de seguridad jurídica de los procesados, en el sentido de que prohíbe la duplicidad o repetición de procesos respecto de los mismos hechos considerados delictivos. En estas condiciones, se concluye que el artículo 224, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal, al prever una penalidad agravada diversa a la establecida para el tipo básico, tratándose de robo de vehículo automotriz o parte de éste, no transgrede el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que no autoriza la imposición de una doble pena al infractor. Lo anterior es así, porque no debe confundirse la calificativa de la conducta desplegada con la recalificación del delito, pues mientras la primera es la circunstancia que modifica un tipo básico para agravarlo o atenuarlo, la segunda consiste en volver a calificar la misma conducta con base en un diverso ilícito; de manera que aun cuando el artículo

220 de dicho Código describe el tipo básico del delito de robo y determina la penalidad correspondiente de acuerdo a la cuantía o monto de lo robado, el citado artículo 224, fracción VIII, precisa la penalidad que debe imponerse cuando el robo se realice bajo determinadas circunstancias, esto es, el tipo legal básico considera la cuantía para determinar su sanción y el delito especial toma como base las circunstancias de su ejecución.”

Por su parte, destacan el criterio jurisprudencial de la Décima Época, Registro: 2001763, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1ª. CCX/2012 (10ª.), Página: 523

Contrario a lo sostenido en los criterios jurisprudenciales que anteceden, encontramos la decisión coincidente y controvertida emanada tanto del Poder Judicial de la Ciudad de México, como del Poder Judicial Federal, esencialmente la emitida por el Juez Trigésimo Cuarto de lo Penal de la Ciudad de México en la sentencia definitiva de fecha primero de abril de dos mil cuatro emitida en la causa penal 341/2003; y los Magistrados Integrantes de la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México en la resolución de once de junio de dos mil cuatro emitida en el toca penal 509/2004. Idénticas consideraciones sostuvieron los Magistrados Integrantes del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitida en la ejecutoria de veintidós de abril de dos mil diez emitida en el Amparo Directo 97/2010; los Magistrados Integrantes del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitida en el Amparo Directo en la ejecutoria de fecha veinticuatro de enero de dos mil trece. Iguales aseveraciones corroboraron los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver

por unanimidad de votos los amparos directos en revisión 1930/2011 en sesión de fecha diecinueve de octubre de dos mil once, 2556/2011 en sesión de veinticinco de enero de dos mil doce, 3032/2011 en sesión de fecha nueve de mayo de dos mil doce, y 665/2013 en sesión de fecha cinco de junio de dos mil trece. Determinación que a continuación se enuncia en lo que interesa:

“...Esto es, el hecho de tomar en consideración la circunstancia de que el objeto del apoderamiento recayó respecto de un vehículo automotriz, implicaría considerar como agravante, calificativa o modalidad a uno de los elementos típicos que ya se encuentra implícito dentro de la descripción normativa del tipo básico (objeto material), y que incluso, determina la sanción aplicable. De tal suerte que tomarla como base para la agravación de la pena denotaría la consideración de una misma conducta (tipo básico), dos veces (como circunstancia), para la imposición de una pena, cuando en puridad tal circunstancia, es parte de la conducta típica básica, a la cual resulta exactamente aplicable, y extender uno de los elementos que lo compone al delito como circunstancia agravante, no es, sino extender indebidamente una conducta para imponerle, primero, la pena del delito básico, y segundo, volver a imponer a la misma conducta una agravación (aumento de la pena por el mismo hecho).

...VI. DECISIÓN

En virtud de todo lo anterior y toda vez que no se advierte queja deficiente que suplir, esta Sala considera que los agravios de la parte quejosa son infundados y en tal virtud, debe confirmarse la sentencia recurrida que concedió la protección constitucional para el efecto de que:

“...la Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal: ---

1. Deje insubsistente la sentencia de nueve de junio de dos mil diez, pronunciada en el toca penal *****.--- 2. En su lugar, con base en lo que establece el artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad,

interdependencia, indivisibilidad y progresividad, deje intocados los demás aspectos de la sentencia reclamada que se estimaron legales, dicte una nueva resolución en la que elimine la calificativa prevista en el artículo 224, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal (respecto de vehículo automotriz o parte de éste), y lo inherente a la sanción impuesta por aquélla; hecho que sea lo anterior, con libertad de jurisdicción determine el total de las penas a imponer, en la que omitirá agravar la situación jurídica del justiciable.”

En consecuencia, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

RESUELVE:

PRIMERO: En la materia de la revisión, se confirma la sentencia recurrida.

SEGUNDO: La Justicia de la Unión Ampara y Protege a ***** contra la resolución dictada por la Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para los efectos precisados en el párrafo 52 de esta ejecutoria.

TERCERO. Devuélvanse los autos relativos al Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito para los efectos precisados en la parte final del último apartado de esta ejecutoria.

Notifíquese; con testimonio de esta resolución, vuelvan los autos al Tribunal Colegiado de origen y, en su oportunidad archívese el expediente como asunto concluido.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente) y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo. Firman el Ministro Presidente de la Sala y la Ministra Ponente con el Secretario de Acuerdos, quien autoriza y da fe.

PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA

MINISTRO JORGE MARIO PARDO REBOLLEDO.

PONENTE

MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS.”

Lo anteriormente esbozado se encuentra robustecido con el criterio de la Novena época, Apéndice 2000, Tomo II, Materia: Penal, Tesis 571, página 456. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II,

diciembre de 1995, página 429, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, Tesis II.2º.P.A.J/2; véase la ejecutoria en la página 430 de dicho tomo:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS VIOLATORIAS DE GARANTIAS.- De conformidad con el principio de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente, por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo el señalamiento de conductas por parte del justiciable que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacer un doble reproche respecto de una misma determinación que en consecuencia resulta ilegal y transgresora del Principio General del Derecho *“Ne Bis In Idem”* consignado en el apotegma *“Non Bis In Idem”*, reconocido por el artículo 23 constitucional.”

Así, encontramos también el criterio jurisprudencial de la Sexta época, Primera Sala, tesis 1260, Apéndice 1988, segunda parte, página 2040. Amparo Directo 2101/59, Marcos Ramírez González, 23 de julio de 1959, unanimidad de 4 votos. Amparo Directo 7858/59, Pedro Rojas López, 17 de marzo de 1960, unanimidad de 4 votos. Amparo Directo 684/60, Baltazar Trujillo Herrera, 1 de julio de 1960, unanimidad de votos. Amparo Directo 683/60, Gabriel Sánchez García, 5 de julio de 1960, unanimidad de 4 votos. Amparo Directo 7298/60, Salomón Parra

Mora, 19 de abril de 1961, unanimidad de 4 votos; de rubro: "PENA, INDIVIDUALIZACIÓN INDEBIDA DE LA.- Por regla general el quantum de la pena debe guardar proporción analítica con la gravedad de la infracción y con las características del justiciable, y si el análisis valorativo de las circunstancias que deben tomarse en cuenta para la individualización de la pena es favorable al reo, el monto de la sanción se deberá mover hacia el mínimo; más si se señala la pena en desacuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el juzgador e impone una pena excesiva en relación al índice así obtenido, hay inexacta aplicación de la ley y se violan garantías del quejoso."

De igual manera encontramos el criterio jurisprudencial de la Primera Sala, Informe 1971. Amparo Directo 1980/71, José Piedra Niebla, 26 de agosto de 1971, Mayoría de tres votos, Ponente: Manuel Rivera Silva; de rubro: "DELITO BASE DE LA SENTENCIA.- Una de las finalidades del proceso penal es investigar la existencia de los delitos, sus circunstancias y la responsabilidad de los inculpados; por eso los hechos que constituyen la materia del mismo son siempre los delitos de los cuales se acusa a los procesados; en esa virtud, para que el proceso tenga unidad y fijeza, se deben determinar con toda precisión, en el auto de formal prisión los delitos materia de la instrucción, los cuales deben conocer los inculpados para poder defenderse. Nuestra Constitución Política ha encomendado tal determinación a la autoridad judicial que no tiene que ceñirse a la opinión que emita el representante Social cuando ejercita la acción penal, pudiendo modificarla sin evadir la esfera de la acusación, pues en ese momento solo se consuman hechos; y el órgano y la ocasión para sentar las bases del procedimiento, son el juez y el vencimiento del término constitucional de tres días después de la detención, cuando ya se perfeccionan los datos de la averiguación previa."

Para corroborarse con el criterio jurisprudencial de la Novena época, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 986, tesis: VI.P.55P. AMPARO DIRECTO 67/99, 3 de febrero de 2000, unanimidad de votos, Ponente: Diógenes Cruz Figueroa, Secretario: Sergio Guzmán Marín; de rubro: “PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL. SU VALORACIÓN EN LA SENTENCIA DEFINITIVA PUEDE VARIAR EN RELACIÓN A LA REALIZADA EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.-El grado de convicción que una prueba merezca al juzgador como apoyo para someter al indiciado a proceso, no constituye un imperativo que lo constriña a sostener el mismo valor de ella hasta el momento de dictar sentencia, pues su apreciación por parte del Juez en la etapa en que se resuelve la situación jurídica, se realiza en forma preliminar, y puede variar al dictar el fallo definitivo, dependiendo de la idoneidad que aquella le merezca conforme a la apreciación de otras pruebas en las siguientes etapas del proceso, que lo induzcan a emitir el fallo, bien condenando al acusado, o bien absolviéndolo. Pensar lo contrario, sosteniendo el valor que el Juez conceda a determinada prueba al dictar el Auto de Término Constitucional, debe prevalecer hasta el dictado de la sentencia, sería tanto como estimar que ningún objeto práctico tendría contradecir en el proceso las pruebas que sustentan el auto de bien preso, cuando de antemano se sabría que todo intento sería en vano.”

No obstante lo anterior, se tiene conocimiento del siguiente criterio jurisprudencial:

“ROBO AGRAVADO. LOS ARTÍCULOS 224 Y 225 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL NO CONTRAVIENEN EL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL.- Los artículos 224 y 225, del Código Penal para el Distrito Federal, prevén la

imposición de una pena de 2 a 6 años de prisión, cuando el delito de robo se cometa bajo alguno de los supuestos o elementos que en ellos se describen, consistentes en diversas agravantes que atienden a la protección de bienes jurídicos diferentes que ocurren y/o coinciden en torno al robo de la cosa mueble. Por lo que las penas previstas en ambos preceptos legales corresponden a cada uno de los supuestos que se establecen en las fracciones que los integran, de ahí que puedan concurrir varias calificativas o agravantes contenidas en éstos, y por cada una de ellas será aplicable la sanción prevista, siendo todas las que puedan ocurrir adicionadas a la del tipo fundamental del delito de robo, contenida en el artículo 220 del mismo ordenamiento. Lo que no contraviene al artículo 14 constitucional en lo que al principio de exacta aplicación de la ley penal se refiere, pues de la lectura de los artículos 224 y 225, del referido código punitivo, se advierten elementos inequívocos de cuál es y en qué consiste la conducta delictiva motivo de cada fracción, y en el primer párrafo de cada uno de los preceptos en comento se establece la sanción que será aplicable, la cual corresponde a la actualización de cada uno de los supuestos que en las fracciones que las integran se describen”.

Por tanto, señalan los operadores jurídicos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que para tener por acreditada tal circunstancia respecto de que el robo haya recaído sobre un vehículo automotriz, es indispensable demostrar que el objeto materia sobre el que recayó el apoderamiento ilícito, consistió precisamente en un vehículo automotriz o parte de éste, sin que de forma alguna deba tenerse a tales objetos como los mismos a los que se refiere el tipo penal previsto en el artículo 220 del mencionado ordenamiento legal que establece el delito de robo genérico, en el que no se precisa la

clase o tipo de cosa ajena mueble tomada con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo.

No obstante lo anterior el suscrito no comparte dichos criterios señalados con antelación, ello es así en virtud de que el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, al contemplar, una sanción de dos a seis años de prisión en el caso de que se actualice la circunstancia de respecto de vehículo automotriz; en esencia se aduce desproporcionalidad en relación con el tipo de robo simple.

Es decir, que las fracciones II a IV del artículo 220, del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer el tipo penal de robo simple, prevé prisión de seis meses a dos años de prisión; de dos a cuatro años de prisión; y de cuatro a de diez años de prisión; así como la respectiva multa, al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena. Sin embargo, el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla una pena privativa de la libertad consistente en dos a seis años de prisión, aplicables en caso de que se actualice la circunstancia que describe su fracción VIII.

En consecuencia, manifiesto que el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, vulnera lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que la pena ha de ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídicamente protegido. Sin pasar desapercibido que con el delito de robo se está protegiendo el patrimonio de las personas, y las circunstancias respecto de la forma en que se pudo haber cometido el delito o sobre lo que recayó, de ninguna forma puede tener una pena superior a la contemplada en el delito básico.

Además, que el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal enumera diversas hipótesis sin que se indique qué sanción ha de

imponerse cuando concurren dos o más de ellas, por lo que contraviene lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional que establece el principio de exacta aplicación de la ley penal.

A lo anterior, los operadores jurídicos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal argumentan que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se pronunció en jurisprudencia definida, en el sentido de que las circunstancias agravantes y calificativas pueden coexistir y, por ende, habrá de imponerse la sanción correspondiente, consecuentemente sostuvieron que dicho dispositivo resulta constitucional por no trasgredir el principio de retroactividad de la ley en beneficio del gobernado, previsto en el artículo 14, primer párrafo de la Norma Fundamental.

En relación al artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, dichos operadores jurídicos han resuelto que no infringe los principios de exacta aplicación de la ley, el de igualdad y proporcionalidad de las penas, ya que el ilícito se encuentra tipificado en la ley y prevé la pena a imponer, aplicándose igual a todos los individuos que cometan robo respecto de vehículo automotriz, en proporción al monto de lo sustraído y a los parámetros mínimo y máximo; por lo que afirman que no viola los artículos 14 y 22 de la Constitución Federal, que contienen reglas generales para la imposición de las penas a los sujetos que cometen algún delito.

Por su parte, los operadores jurídicos aludidos sustentaron su motivación en la existencia de la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1ª./J. 184/2005, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, Febrero de 2006, página 517, y en el sistema "IUS" con registro 175770, que a la letra establece lo siguiente:

“ROBO. CUANDO SE COMETE RESPECTO DE UN VEHÍCULO AUTOMOTRIZ, PARTICULAR O DE SERVICIO PÚBLICO, Y EN ÉL SE ENCUENTRA LA VÍCTIMA, CONCURREN LAS CALIFICATIVAS PREVISTAS EN LAS FRACCIONES III Y VIII DEL ARTÍCULO 224 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del análisis y exposición de motivos de las calificativas previstas en las fracciones III y VIII del artículo 224 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que el bien jurídico tutelado en cada una de ellas es distinto, pues la primera fue creada por el legislador para salvaguardar la seguridad e integridad de los particulares ante el impacto que sufren cuando el delito de robo es perpetrado en un vehículo en el que se encuentra la víctima; mientras que la segunda se creó para proteger el patrimonio de los particulares, específicamente en lo referente a la propiedad de vehículos automotrices y sus partes, por ello, en los supuestos en los que se lleve a cabo la comisión de un delito de robo respecto de un vehículo automotriz, ya sea particular o de servicio público, y en él se encuentre la víctima, dichas calificativas pueden concurrir en un solo momento, ya que con tal conducta se vulneran dos bienes jurídicos distintos que son, por un lado, la seguridad e integridad de las personas cuando el robo es cometido respecto de un vehículo, y en él se encuentra la víctima; y, por otro, el patrimonio de los particulares dirigido a proteger una clase de bienes muebles determinados que son los vehículos automotrices y sus partes. Por tanto, se estima que ante la lesión de los diversos bienes jurídicos que contemplan las fracciones III y VIII del artículo 224 mencionado, las calificativas señaladas en cada uno de esos preceptos legales pueden concurrir y, en tal caso, esa circunstancia implica que se acredite la comisión de un delito de robo agravado por dos calificativas, lo cual no

transgrede el principio constitucional que prohíbe la doble imposición de sanciones.”

En ese sentido, se advierte que el contenido de la tesis antes transcrita no dilucida el tema consistente en que el artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal no es claro en cuanto a cuál será la pena aplicable en el caso de concurrencia de las agravantes y calificativas a que se refiere el precepto, y no así si es posible la coexistencia de varias de las hipótesis normativas en él prevista.

El suscrito reitera que el legislador fijó al delito de robo en su tipo básico una sanción atendiendo al valor del objeto robado, lo cual denota que lo que se protege es el patrimonio de las personas, por lo cual las agravantes y calificativas respecto de las formas en que pudo cometerse el delito y respecto del objeto materia de éste, de ninguna manera pueden tener una pena superior al tipo básico de robo, pues ello contravendría lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución.

Además el suscrito señala que el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal sanciona circunstancias especiales en la comisión del ilícito que en sí mismas no deben constituir el bien jurídico protegido, sino una cuestión accesoria o especial que en concepto del legislador debe ser sancionado con una pena de prisión, pero que de modo alguno puede ser superior a la del tipo básico.

Aunado a lo anterior, resulta inhumano que se imponga al justiciable una pena privativa de la libertad por cada una de las agravantes y calificativas, ya que no debe perderse de vista que el artículo 18 de la Constitución Federal tiene como fin la reinserción social del sujeto activo a efecto de su readaptación en sociedad.

Al respecto, la Primera Sala ha sostenido que en el caso del artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal, tutela bienes jurídicos

diversos, y que ante la lesión a cada uno de ellos pueden concurrir las agravantes, calificativas, modalidades o circunstancias previstas.

El citado criterio de esta Primera Sala se encuentra visible en la jurisprudencia 1ª./J. 184/2005, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, Febrero de 2006, página 517, y en el sistema “IUS”, bajo el número de registro 175770, el cual textualmente señala:

“ROBO. CUANDO SE COMETE RESPECTO DE UN VEHÍCULO AUTOMOTRIZ, PARTICULAR O DE SERVICIO PÚBLICO, Y EN ÉL SE ENCUENTRA LA VÍCTIMA, CONCURREN LAS CALIFICATIVAS PREVISTAS EN LAS FRACCIONES III Y VIII DEL ARTÍCULO 224 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Del análisis y exposición de motivos de las calificativas previstas en las fracciones III y VIII del artículo 224 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que el bien jurídico tutelado en cada una de ellas es distinto, pues la primera fue creada por el legislador para salvaguardar la seguridad e integridad de los particulares ante el impacto que sufren cuando el delito de robo es perpetrado en un vehículo en el que se encuentra la víctima; mientras que la segunda se creó para proteger el patrimonio de los particulares, específicamente en lo referente a la propiedad de vehículos automotrices y sus partes, por ello, en los supuestos en los que se lleve a cabo la comisión de un delito de robo respecto de un vehículo automotriz, ya sea particular o de servicio público, y en él se encuentre la víctima, dichas calificativas pueden concurrir en un solo momento, ya que con tal conducta se vulneran dos bienes jurídicos distintos que son, por un lado, la seguridad e integridad de las personas cuando el robo es cometido respecto de un vehículo, y en él se encuentra la víctima; y, por otro, el patrimonio de los particulares dirigido a proteger una clase de bienes

muebles determinados que son los vehículos automotrices y sus partes. Por tanto, se estima que ante la lesión de los diversos bienes jurídicos que contemplan las fracciones III y VIII del artículo 224 mencionado, las calificativas señaladas en cada uno de esos preceptos legales pueden concurrir y, en tal caso, esa circunstancia implica que se acredite la comisión de un delito de robo agravado por dos calificativas, lo cual no transgrede el principio constitucional que prohíbe la doble imposición de sanciones.”

Cabe reiterar, que dicho criterio dilucida lo relativo a la coexistencia de las diversas previsiones contempladas en cada una de las fracciones del citado numeral 224, de la legislación penal para el Distrito Federal, sin que en él se determine de manera expresa la forma en que las penas previstas en ellas sean aplicadas.

Asimismo, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha distinguido entre el tipo básico de robo previsto en el artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal y la situación de que éste se realice bajo determinadas circunstancias, agravándose a partir de la cuantía para determinar su sanción, y tomando como base las circunstancias de su ejecución.

El anterior criterio se encuentra recogido en la tesis aislada 1ª. CXCI/2007, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, Septiembre de 2007, página 418, y en el sistema multimedia “IUS”, con el registro: 171298, de texto y rubro:

“ROBO CALIFICADO. EL ARTÍCULO 224, FRACCIÓN VIII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE PREVÉ UNA PENALIDAD AGRAVADA DIVERSA A LA ESTABLECIDA PARA EL TIPO BÁSICO, TRATÁNDOSE DE VEHÍCULO AUTOMOTRIZ O PARTE DE ÉSTE, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

MEXICANOS.- Al señalar el mencionado precepto constitucional que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, consagra la garantía de seguridad jurídica de los procesados, en el sentido de que prohíbe la duplicidad o repetición de procesos respecto de los mismos hechos considerados delictivos. En estas condiciones, se concluye que el artículo 224, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal, al prever una penalidad agravada diversa a la establecida para el tipo básico, tratándose de robo de vehículo automotriz o parte de éste, no transgrede el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que no autoriza la imposición de una doble pena al infractor. Lo anterior es así, porque no debe confundirse la calificativa de la conducta desplegada con la recalificación del delito, pues mientras la primera es la circunstancia que modifica un tipo básico para agravarlo o atenuarlo, la segunda consiste en volver a calificar la misma conducta con base en un diverso ilícito; de manera que aun cuando el artículo 220 de dicho Código describe el tipo básico del delito de robo y determina la penalidad correspondiente de acuerdo a la cuantía o monto de lo robado, el citado artículo 224, fracción VIII, precisa la penalidad que debe imponerse cuando el robo se realice bajo determinadas circunstancias, esto es, el tipo legal básico considera la cuantía para determinar su sanción y el delito especial toma como base las circunstancias de su ejecución.”

Es importante destacar que el principio de legalidad (el cual detallaremos en el capítulo tercero del presente trabajo) es uno de los principios y conquistas más importantes del Estado legal de derecho. Gracias a este principio se pudo garantizar lo que, en su momento, se concibió como seguridad jurídica. Los parlamentos pudieron controlar los actos del poder administrativo o ejecutivo y garantizar que los jueces

apliquen irrestrictamente la ley. Además, el principio de legalidad evitó la dispersión jurídica al establecer una sola fuente del Derecho y al generar normas de reconocimiento del derecho válido. Este principio no ha desaparecido en el Estado Constitucional de Derecho sino que se ha reconceptualizado en función de la Constitución y de los derechos reconocidos en ella.

No obstante lo anterior, el principio de proporcionalidad (el cual profundizaremos en el capítulo tercero del presente escrito), por su parte, se contrapone y paradójicamente se complementa con el principio de legalidad. Se contrapone a la legalidad cuando en el sistema jurídico se presentan antinomias entre la ley y la Constitución, y permite al juez sospechar de la ley y hasta inaplicarla, incluso, como se demostrará en materia penal en el capítulo cuarto de éste curso. Se complementa, en tanto los legisladores y los jueces tienen la obligación de materializar al principio de legalidad; los primeros, al crear leyes adecuadas a la Constitución y, los segundos, al dictar sentencias adecuadas también a la Constitución.

En la realidad de nuestros sistemas jurídicos, lamentablemente, los dos principios, en la mayoría de los casos, se encuentran en contradicción, lo cual hace que el rol de los jueces sea mayor.

La tradición positivista-formal ha cedido el paso a lo que ahora se conoce como constitucionalismo. La teoría del derecho se ha replanteado desde tres perspectivas: 1. ideológica, 2. metodológica y 3. teórica.²⁰⁷

1. Ideológicamente, el positivismo eliminó la discusión sobre la justicia y los principios. En las partes dogmáticas de las constituciones encontramos los principios que no son otros que los derechos

²⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Constitucionalismo y positivismo”, Segunda Edición, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1999.

humanos. En otras palabras, podríamos afirmar que encontramos dos elementos en el sistema jurídico y en el Estado. Un elemento formal, que establece las competencias de las autoridades y los procedimientos, y otro elemento material, que establece el objetivo del sistema jurídico y político. “La legalidad constitucional se halla legitimada formalmente por el principio de imparcialidad y materialmente por contener un contenido básico perfectamente delimitado, que son los derechos fundamentales”.²⁰⁸

2. Metodológicamente, el positivismo pretende ser una ciencia neutra, alejada de las ciencias sociales y de la política, ajeno a la moral y a la Filosofía. El derecho es un dato que es el objeto de la ciencia jurídica. El derecho se debe limitar a describir las normas válidas. Al ser una ciencia valorativa, las normas jurídicas podrían ser injustas y, a pesar de ello, deberían ser observadas. Para el constitucionalismo, en cambio, los Jueces y los legisladores tienen valoraciones morales al momento de aplicar el derecho. Lo que en el positivismo constituiría la adhesión a principios morales cuando se aplica una norma, en el constitucionalismo los operadores de justicia deberán transparentar sus opciones normativas.

3. Teóricamente, el derecho puede analizarse desde tres perspectivas (podrían ser más): (1) la estructura de la norma, (2) la teoría de las fuentes y (3) la teoría de la interpretación.

(1) Para el positivismo las normas tienen una estructura conformada por un supuesto de hecho, un deber ser que es realizado a través de la imputación y una consecuencia jurídica, que normalmente es una obligación o sanción; en cambio, para el constitucionalismo, a este tipo de normas que se las denomina reglas, se añaden los principios que no

²⁰⁸ *Ibidem*, p.26.

tienen condición, ni medida, ni consecuencia u obligación. A estas normas, Kelsen las llamaba imperfectas y no las consideraba merecedoras de análisis jurídico²⁰⁹; para el constitucionalismo, estas normas son aplicables y tienen un haz de interpretación que se aplica a cualquier tipo de caso.

(2) Para el positivismo, la única fuente de la que emanan derechos y obligaciones son las leyes, todas las demás fuentes son secundarias y tienen un mero valor interpretativo. De alguna manera, el positivismo implanta un monismo; la ley es soberana. En cambio, para el constitucionalismo, existe un pluralismo jurídico; las fuentes son múltiples y no necesariamente tienen jerarquía. Baste enunciar la teoría del bloque de constitucionalidad, en virtud del cual la norma que se aplica es aquella que más favorece a la protección efectiva de las personas.

El único método de interpretación en el positivismo es el de la subsunción; en la teoría pura del derecho sólo caben antinomias que se resuelven por la jerarquía de la norma, la especialidad o la cronología; cuando existía oscuridad, se utilizaba el método gramatical y no existía la posibilidad de las anomias.

En cambio, para el constitucionalismo, el método es el de la ponderación, a través del cual pueden existir conflictos de normas que tienen igual jerarquía, igual cronología, igual especialidad; además, cuando no hay adecuación del derecho interno con el derecho internacional o un principio constitucional existe una anomia.

Los derechos humanos cruzan las tres perspectivas de la teoría del derecho. La materialización del derecho, es decir el contenido como parte importante de una regla, tiene sentido si está de acuerdo con los

²⁰⁹ Vid. KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, 4ta edición, Argentina, Eudeba, 2003, pp. 59-60.

valores consensuados universalmente y expresados en forma de derechos humanos. La justicia no es otra que el resultado de la realización de los derechos.

Metodológicamente, los derechos humanos demandan personas y operadores del Estado, comprometidos con la promoción y garantías de los derechos; ante una violación de derechos humanos, no se puede ser neutro, porque la neutralidad podría significar complicidad. Teóricamente, cuando se determinan el contenido material de las reglas o del derecho ordinario. Nada hace pensar, entonces, que el Derecho Penal no pueda ser leído en clave constitucional y, más concreto aún, en perspectiva de los derechos humanos y los principios constitucionales.

En el positivismo jurídico, que se asienta en el principio de legalidad y en la validez de la norma²¹⁰, la configuración de las normas penales sólo tiene que pasar el *test*. Si la norma era el producto del órgano legislativo y estaba conforme al procedimiento, en tanto la autoridad y el trámite estén contemplados en la norma, se presumía su validez y tenía que ser cumplida.

Por la presunción de validez de las leyes, sólo la derogación de la norma por parte del órgano competente permita su inobservancia. A esta forma de entender la legalidad, L. Ferrajoli la denominaba “mera legalidad”.²¹¹

El concepto de validez es el sustento de otro principio que algunos consideran que es un pilar de los sistemas jurídicos y políticos, y hasta

²¹⁰ Vid. KELSEN, Hans, “La teoría pura del Derecho”, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, p. 31.

²¹¹ Vid. BINDER, Alberto, “El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 84 y ss.

de los derechos humanos: la seguridad jurídica²¹². Este concepto ha sido cuestionado por el constitucionalismo y relativizado. La seguridad de unos puede ser la inseguridad de otros, por ello el derecho es dúctil y la validez formal no garantiza plenamente la justicia.

La validez jurídica se complementa con la vigencia de la norma. Una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales, aunque esté formalmente vigente. La vigencia del positivismo es la validez del constitucionalismo. Las normas jurídicas tienen dimensiones formales y sustanciales. La forma es una garantía para que la sustancia se produzca, pero si la forma no produce la sustancia o la forma viola la sustancia, la forma pierde la cualidad de validez. A esta forma de entender la norma, L. Ferrajoli la denomina “estricta legalidad”.²¹³

El principio de legalidad, en el Derecho Penal, ha sido uno de los más relevantes para prevenir, combatir y limitar la arbitrariedad de quienes administran el uso de la fuerza en el Estado²¹⁴.

¿El principio de legalidad penal atraviesa una crisis en el constitucionalismo? La respuesta depende de la circunstancias. Imperdonable lo dicho desde el positivismo jurídico y desde el derecho penal liberal. Nos atreveríamos a decir que no.

Eugenio Raúl Zaffaroni²¹⁵ compara la necesidad de los principios tanto para la limitación como la configuración del derecho penal a la

²¹² Vid. PECES-BARBA, Gregorio, “La seguridad jurídica”, en *Curso de derechos fundamentales*, Teoría General, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 245-258

²¹³ Vid. BINDER, Alberto, “El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 84 y ss.

²¹⁴ Recordemos la máxima de Feuerbach “Nullum crime, nulla poena sine lege”.

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Límites a la construcción impuestos por su función pública”, en Manual de derecho penal, parte general, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 95-121.

construcción y a la elaboración de planos. Zaffaroni sostiene que pese a la creatividad de los arquitectos, existen principios que no pueden vulnerarse. No se puede, por ejemplo, poner la puerta de entrada de una casa por el baño o diseñar un aula en un sótano. Los planos responden a una concepción del espacio y de la funcionalidad de ese espacio. Los planos son un medio para que se cumpla un fin. Asimismo el derecho penal. La Constitución Política determina los fines y el Derecho Penal es el camino o medio para cumplir los fines. El Derecho Penal no puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional.

El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica sólo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos. Los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente.

Ahora bien, esta afirmación no implica que todo derecho humano reconocido en la Constitución deba tener un tipo penal, pero sí que todo tipo penal tenga sustento constitucional. El Derecho Penal, como cualquier otro sistema de normas, desde la perspectiva garantista de Ferrajoli, es una de las garantías a los derechos con las que cuenta el Estado. Esta garantía hay que tomarla con pinzas porque al usarla necesariamente restringimos derechos de las personas objeto del poder penal.

La Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática. El legislador, cuando define tipos penales, está ante una paradoja. Por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos. En este dilema, el

legislador debe, para no dejar a las víctimas de violaciones a sus derechos en la impunidad y para garantizar que van a tener un trato justo, tanto en el procedimiento como en la sanción que restringirá sus derechos, basar su actividad en algunos principios básicos.²¹⁶

En este sentido, se puede decir que, siendo el Estado el que, a través de sus órganos e instituciones, el encargado de despenalizar conductas y trasladarlas al ámbito del Derecho Sancionador, debe continuar incrementando su política legislativa, en el aspecto preventivo consistente en evitar los concursos de leyes y sanar las posibles lagunas que se presentan en la legislación y reglamentación administrativa, de manera que, si no existe más que un tipo sancionable por cada conducta realizada, se facilita la labor de la autoridad sancionadora al analizar, por ejemplo, una conducta desplegada de manera compleja por un ente jurídico al cual se le atribuye una infracción, que no es posible estudiar de forma descontextualizada de los hechos en que se realizó, ni tampoco de manera individual, ya que de ser así, pudiera provocar que se diera una doble tipificación o doble incriminación de conductas.

Como en todo orden jurídico, la idea de “proporcionalidad”, también está presente, en el mexicano, al ser una manifestación del valor de “justicia” o “razonabilidad” que lo informa. La idea de proporcionalidad no es inédita en el derecho mexicano y tanto el legislador como la jurisprudencia se han acercado a ella, aunque con una idea muy vaga sobre sus implicaciones como criterio de “razonabilidad” de las decisiones jurídicas. A pesar de ello, en los últimos años se ha visto un claro uso del principio de proporcionalidad, aplicable en especial para

²¹⁶ *Vid.* TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “La Constitución penal. Los derechos de libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 355-381.

resolver conflictos normativos constitucionales y, sobre todo, calificar la licitud del grado en que una medida legislativa interviene en los derechos fundamentales.

Muy importante también es que el mismo Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha usado el principio de proporcionalidad, como criterio para examinar la constitucionalidad de las penas, en tanto tenga una relación adecuada con la falta de la que derive y corresponda a los fines que persigue.²¹⁷

Como indica el último criterio citado sobre el tema, la proporcionalidad de una sanción no es de orden cuantitativo –la duración de la privación de la libertad para la especie de la que se habló en él– sino cualitativo, tomando en cuenta “el riesgo social y la necesidad de preservar el orden jurídico”, lo que decidió –suponemos– en respeto a la libertad de configuración legislativa; este criterio debe afinarse por la posibilidad de que el legislador establezca la pena de prisión con una la Primera Sala ha sostenido que los requisitos para el acceso a la justicia se justificarán si “están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”, e interpreta el artículo 17 constitucional “en el sentido de que se otorga al legislador la facultad para establecer [sólo] límites racionales para el ejercicio de los derechos de acción y defensa”.²¹⁸ La importancia de este criterio radica

²¹⁷ Cfr. “PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *ibidem*, 9ª época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 1/2006, p. 6; y “PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL, POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *ibidem*, 9ª época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XIX/2006, p. 1178.

²¹⁸ Cfr. “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XIX, mayo de 2004, tesis 1a. LIII/2004, p. 513; y su ejecutoria de procedencia: Amparo directo en revisión 1670/2003, sentencia, 10 de

en que la tesis que lo sistematiza es –según sabemos– la primera de la Corte que expresamente habla de “proporcionalidad”; pero la labor de la Primera Sala no acaba en la simple reiteración de las opiniones plenarios, sino ha sido fundamental para el principio de proporcionalidad en México.

Refiriéndose a los parámetros que deben tenerse en cuenta para calificar la constitucionalidad de distinciones legislativas, ha aclarado los términos del Pleno y develado que el “equilibrio” al que éste se refiere es la aprobación del examen de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, de modo que “las distinciones introducidas por el legislador se vinculen con una finalidad constitucionalmente admisible, que estén racionalmente conectadas con ese fin, y que no incurran en desproporciones groseras en términos de los bienes y derechos afectados”.²¹⁹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha puesto en relieve la importancia en sede constitucional de “que el Poder Legislativo justifique, en todos los casos y en forma expresa, en el proceso de creación de la ley, cuáles son las razones del establecimiento de las penas y el sistema de aplicación de las mismas”.²²⁰ A esta consideración llegó la Sala, como indica su

marzo de 2004, pp. 9-14 (cursivas añadidas en ambos casos). “[E]s distinto el enjuiciamiento que pueda recibir una norma según actúe como *impeditiva u obstaculizadora* del acceso a la jurisdicción.- [E]l legislador no goza de absoluta libertad, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un *innecesario formalismo* y que no se compaginen con el derecho a la justicia, o que no aparezcan como *justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen*, que deben, en todo caso, ser adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el *juicio de razonabilidad y proporcionalidad* el que resulta trascendente”, STC 3/1983, F.J. 4

²¹⁹ Cfr. “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, t. XX, diciembre de 2004, tesis 1a. CXXXII/2004, p. 362; y amparo directo en revisión 988/2004, p. 26.

²²⁰ Cfr. “PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS

ejecutoria de procedencia,²²¹ porque en virtud del “principio de proporcionalidad o prohibición del exceso” propio de un Estado democrático de derecho, el *ius puniendi* legislativo sólo debe usarse cuando sea “absolutamente necesario”, mínima y proporcionadamente a la gravedad del hecho –lo que la Corte bautiza como “principio de razonabilidad de la ley penal”–, a fin de salvaguardar aquellos bienes más estimados socialmente e impedir el abuso mayoritario de la potestad penal.

Este criterio es de suma relevancia para el aspecto procedimental del examen de proporcionalidad; se relaciona con que el goce de las garantías individuales en México son el “estado natural y general de toda persona”, un *statu quo* constitucional, al impugnarse una medida legislativa que intervenga o limite éstas –como sucede en materia penal con la libertad física–, corresponderán al legislador las cargas de argumentación y prueba sobre cuáles son los fines concretos y reales que sus disposiciones persiguen, la estricta indispensabilidad de éstas y que el beneficio para aquél equivale o supera al derecho fundamental que se estime vulnerado.

Aunque no puede decirse que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación órgano jurisdiccional es un “Tribunal Constitucional” porque su interpretación de la ley fundamental no es definitiva y carece de facultades para controlar la constitucionalidad de normas generales,²²² no puede desconocerse que su labor en gran parte es

RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, t. XXIII, abril de 2006, tesis 1a. LXIX/2006, p. 158.

²²¹ *Cfr.* Amparo directo en revisión 1063/2005, sentencia, 7 de septiembre de 2005, con. V., pp. 53 y ss.

²²² *Cfr.* “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, Pleno, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002), t I, tesis 62, p. 195.

atribuir significado a diversos preceptos constitucionales y, en especial, a los indeterminados principios electorales mexicanos (certeza, legalidad, etc.), motivo por el cual lo incluimos en esta relación.

Según tenemos noticia, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el primer tribunal mexicano que no sólo alude expresamente a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad –asimismo considerándolos distintos–, explicándolos con detalle y muy puntualmente,²²³ sino también el primero que lo ha fundado en el artículo 16 constitucional –además del 14 del mismo ordenamiento– e interpretado la garantía de motivación material en el sentido de consagrar un “principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales”.²²⁴

El examen de proporcionalidad de medidas legislativas ha dado ocasión de que se acuse a la jurisdicción constitucional de usurpar funciones legislativas, porque supuestamente con él resuelve cuestiones de oportunidad y consideraciones políticas, que corresponde decidir a órganos democráticamente electos. En realidad, con el principio de proporcionalidad los jueces no hacen más que aplicar un parámetro constitucional que sirve de límite al legislador, constatando si éste dio o no la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales y, por lo tanto, actúa dentro de su competencia natural para resolver la controversia al respecto.

²²³ *Cfr.* “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 62/2002, p. 235. De las mismas ejecutorias del anterior, deriva también el siguiente criterio, relativo al subprincipio de necesidad: “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBEN PRIVILEGIARSE LAS DILIGENCIAS QUE NO AFECTEN A LOS GOBERNADOS”, *ibidem*, tesis S3ELJ 63/2002, p. 236.

²²⁴ *Cfr.* Recurso de apelación SUP-RAP-050/2001, sentencia, 7 de mayo de 2002, con. V, pp. 116-119.

Pero quizá más importante sea la actitud judicial ante el examen de proporcionalidad. El control jurisdiccional de la constitucionalidad, desplegado en especial contra el legislador, en un principio sólo requería de los tribunales constatar la existencia de una “evidente” violación de la ley fundamental, dada la gran fuerza otorgada a la presunción de inconstitucionalidad; pero esta timidez no tiene cabida.²²⁵ La complejidad de la vida social actual y su necesaria regulación legislativa, requiere a las normas generales ser cada vez más complejas, de modo que pueden afectar a los derechos fundamentales u otros principios constitucionales, de una manera sutil e imperceptible a simple vista. Ello exige de los jueces constitucionales “un papel más activo” en la protección de los derechos fundamentales y a no esperar una “notoria” violación constitucional –que factible pero improbablemente se daría– para ejercer el control a su cargo y no pecar por defecto en ello.²²⁶

El juez siempre ha sido un garante de algún interés previamente determinado, en cualquier momento y lugar. Lo que ha variado es el contenido de ese interés. En el Estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el Estado liberal clásico es garante de la ley (por eso los jueces son “boca de la ley”); y en el Estado Constitucional, los jueces son garantes de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.

En la lógica de la división de poderes, un poder dicta la ley, otro la ejecuta y otro la garantiza en sentido estricto; todos estos poderes

²²⁵ Vid. AJA, Eliseo y Markus González Beilfuss, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 288.

²²⁶ Cfr. FERRERES, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 252. “No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción otorgada, que [el que tenemos] a usurpar el que no se ha dado.

gozan de independencia. Cuando los estudios críticos del derecho arremeten contra la legitimidad del sistema penal,²²⁷ ya desde la creación de la ley (que refleja los intereses de los que pueden, a través de maquinarias electorales, representar), ya desde los que ejecutan la ley (a través de la selectividad, teoría conocida como etiquetamiento), ya desde el aparato judicial, que aplica irracional y desproporcionadamente el derecho, se siente la necesidad de un juzgador controlador de poderes, que aplique normas constitucionales y que garantice los derechos humanos.

El Juez no debe ser mero aplicador de la ley penal. El Juez tiene en sus manos casos concretos de personas reales y en esos casos existen acontecimientos problemáticos: las víctimas y los victimarios tienen derechos en un conflicto penal. En esos casos, debe comprender el sentido del hecho con el Derecho, la conexión de la acción con la limitación, no puede ser indiferente al resultado de las acciones, debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar (esto es lo contrario de lo que predicaba Kelsen en el sentido de despojar de todo análisis moral en la apreciación del Derecho)²²⁸, aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente.²²⁹

Este último caso nos interesa. En todos los ámbitos del Derecho ordinario no encontramos mayores dificultades porque la duda es entre dos normas aplicables ante un caso, cuya solución de mayor protección la encontramos en la Constitución. En cambio, en el Derecho Penal

²²⁷ Vid. BARATTA, Alessandro, "Criminología crítica y crítica al Derecho Penal", México, Siglo Veintiuno, Editores, 2002.

²²⁸ Vid. KELSEN, Hans, "La teoría pura del Derecho", 4a. ed., Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, p. 65. Kelsen distingue, con absoluta claridad, la obligación jurídica de la moral.

²²⁹ Vid. ZABREBELSKY, Gustavo, "Los jueces y los derechos fundamentales", en *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, España, Editorial Trotta, pp. 131-153. Al mismo resultado llega Carlos Santiago Nino, "La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica", en *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Argentina, Editorial Astrea, 2005, pp. 20-25.

tenemos dos derechos que están en franca tensión: el derecho a la libertad que tiene el supuesto ofensor y el derecho a la tutela efectiva que tiene el supuesto ofendido.

En otras palabras, el juzgador penal puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El Juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora. Las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos y sentencias, cuando limitan los derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si éstas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.

La proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos. El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos.

El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por la penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multas). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales.

Si no lo son, insistimos, podría inaplicar las leyes. El criterio de proporcionalidad es, sin duda, ambiguo. Además de tener múltiples significados, no impide la posibilidad de que la valoración de los hechos y del derecho sea subjetiva. Por ello, los estándares del principio de

proporcionalidad, en un caso concreto, requieren de una interpretación adecuada, que se conoce como ponderación, y de un método verificable, que se conoce como argumentación jurídica.

Por la ponderación se crea una norma hipotética para un caso y, enseguida, se subsume el hecho al supuesto creado por el Juez. Por la argumentación jurídica se evidencian las elecciones morales del juzgador al escoger normas y llegar a las soluciones de los casos. El Juez penal, cuando encuentra, en un caso, un conflicto constitucional no puede ligeramente inaplicar el derecho penal por la mera afirmación de la prevalencia de la Constitución. El Juez tiene que ponderar y tiene que argumentar.

La ponderación es un método a través del cual se resuelve la contradicción entre dos principios, que normalmente son derechos humanos, que tienen igual jerarquía normativa.²³⁰ La ponderación procede cuando la subsunción no es aplicable y los criterios tradicionales de jerarquía, cronología y especialidad (de los cuales nos ocuparemos en el capítulo tercero de este curso), no resuelven el asunto fundamental.

Lo dicho pretende ser una advertencia cuando el Juez penal inaplique un tipo penal. Debe saber que si no pondera ni argumenta, se torna arbitrario y, por tanto, viola el principio de legalidad. En cambio, si pondera y argumenta adecuadamente, no viola el principio de legalidad sino que está aplicándolo bajo el supuesto de que la Constitución es norma jurídica (principio también de legalidad y que podríamos, para diferenciarlo, denominarlo principio de constitucionalidad).

De esta manera, cuando el Juez u operador jurídico pondera un caso concreto a través del principio de prohibición de doble valoración (del

²³⁰ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo (s)*, pp. 123-158.

cual nos ocuparemos en el capítulo tercero del presente curso), de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente, por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo el señalamiento de conductas por parte del justiciable que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacer un doble reproche respecto de una misma determinación que en consecuencia resulta ilegal y transgresora del Principio General del Derecho “*Ne Bis In Idem*” consignado en el apotegma “*Non Bis In Idem*”, reconocido por el artículo 23 constitucional.²³¹

²³¹ Cfr. “**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTÍAS.** De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma non bis in idem reconocido por el artículo 23 constitucional.” Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal Y Administrativa del Segundo Circuito. Amparo directo 294/95, 21 de junio de 1995. Amparo directo 306/95, 28 de junio de 1995. Amparo directo 411/95, 12 de julio de 1995. Amparo directo 495/95, 30 de agosto de 1995. Amparo directo 503/95, 30 de agosto de 1995. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 429, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis II.2o.P.A. J/2; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su

Lo anteriormente esgrimido respecto al principio de prohibición de la doble valoración, se corrobora con el criterio jurisprudencial de la Novena época, Apéndice 2000, Tomo II, Materia: Penal, Tesis 571, página 456. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, diciembre de 1995, página 429, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, Tesis II.2º.P.A.J/2; véase la ejecutoria en la página 430 de dicho tomo; del rubro siguiente: “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS VIOLATORIAS DE GARANTIAS”. De acuerdo con dicho artículo —como lo señaló anteriormente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el juicio de amparo directo en revisión 181/2011— “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Este derecho fundamental recoge lo que en la doctrina penal se denomina la concepción estricta del principio de proporcionalidad en materia penal. El contenido de este derecho consiste en la exigencia de una adecuación entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito.²³²

Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 430. Apéndice 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, Jurisprudencia, Tribunales Colegiados de Circuito, página 456, tesis 571.

²³² *Cfr.* De acuerdo a lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el juzgador debe de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiares del justiciable, así como las referidas al hecho y a la víctima, para la individualización de la pena; si bien es cierto que la cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, que goza de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos señalados en la ley; también lo es que ese arbitrio encuentra limitación en el acatamiento de las reglas normativas de la individualización de la pena. En este orden de ideas, se tiene que para alcanzar claridad la resolución del juzgador y hacer verificable que la individualización de la pena sea acorde con el grado de culpabilidad estimado, es menester que la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad sea precisa, así, entre la mínima y la máxima pueden expresarse las graduaciones: equidistante entre la mínima y la media, media o equidistante entre la media y la máxima, o las intermedias entre los puntos mínimo, medio y máximo, en relación con las equidistantes entre éstos. La cita de los medios de graduación referidos evita el uso de locuciones ambiguas y abstractas que no determinan el nivel exacto de culpabilidad, lo que se traduce en una deficiente individualización de la pena que impide dilucidar el aspecto de congruencia que legalmente debe existir entre el quantum de la sanción impuesta y el índice de culpabilidad del justiciable,

Asimismo, cabe señalar que esta Suprema Corte se ha encargado de analizar en otras ocasiones la constitucionalidad de penas establecidas por el legislador, a la luz del respeto del principio referido con anterioridad. En este sentido, se ha sostenido que “la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes.”²³³

En este sentido, el derecho fundamental a una pena proporcional constituye un mandato dirigido tanto al legislador como al juzgador. El primero cumple con ese mandato, al establecer en la ley penal la clase y la cuantía de la sanción atendiendo a la gravedad de la conducta tipificada como delito.

ya que al determinarse tal aspecto e imponer una condena que aritméticamente se ubique dentro del nivel de culpabilidad resultante, ello hace posible colegir con certeza, si la pena es acorde a la individualización determinada. De ahí que se debe establecer el grado de culpabilidad del sujeto activo en forma inteligible y precisa, **pues imponer una pena que no corresponda al grado de culpabilidad resulta violatorio de garantías para el sentenciado.** Lo anteriormente manifestado, encuentra sustento en el criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: “**PENA. DEBE SER CONGRUENTE CON EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO, LA CUAL DEBE ESTABLECER EN FORMA INTELIGIBLE Y PRECISA**”; Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, febrero de 2001, página 1668.

²³³ *Cfr.* El quantum de la pena debe guardar proporción analítica con la gravedad de la infracción y con las características del justiciable, y si el análisis valorativo de las circunstancias de agravación o atenuación que deben tomarse en cuenta para la individualización de la pena es favorable al reo, el monto de la sanción se moverá hacia el mínimo y en caso contrario hacia el máximo; más si se señala la pena en desacuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el juzgador e impone una pena excesiva en relación al índice así obtenido, hay inexacta aplicación de la ley y se violan garantías individuales en perjuicio del quejoso, lo cual motiva a concederle el amparo y protección de la justicia federal para el efecto de que se ajuste la sanción de acuerdo con los móviles existentes al caso. Lo anterior encuentra sustento en el criterio jurisprudencial de mismo texto y rubro: “**PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. DEBE GUARDAR PROPORCION ANALÍTICA CON LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN Y LAS CARACTERÍSTICAS DEL DELINCUENTE**”; Octava época, Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomo VII, enero de 1991, página 343.

Así, la proporcionalidad en abstracto de la pena se determina atendiendo a varios factores, por ejemplo:

- 1) La importancia del bien jurídico protegido.
- 2) La gravedad del ataque a ese bien.
- 3) El ámbito de responsabilidad subjetiva.

Por su parte, el juzgador penal es el encargado de determinar la proporcionalidad y establecer en concreto la pena. El legislador debe proporcionar un marco penal abstracto que permita al juzgador individualizar la pena, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, tales como:

- 1) La lesión o puesta en peligro del bien.
- 2) La intervención del agente para causar la lesión o crear el riesgo.
- 3) Así como otros factores sociales o individuales que sirvan para establecer la menor exigibilidad de la conducta.

En la ley sustantiva penal se presentan algunas contradicciones como es el caso de la desproporción en abstracto entre el delito de robo simple, previsto y sancionado en el artículo 220, del Código Penal para el Distrito Federal; y la circunstancia prevista y sancionada a la vez en la fracción VIII del artículo 224 con una pena privativa de la libertad de dos a seis años de prisión.

Al analizar el alcance de la garantía de proporcionalidad de las penas prevista en el artículo 22 constitucional, la Suprema Corte, ha sostenido en varios precedentes que “el legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo”.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entiende que la escala de penas determinada en los códigos penales establece una jerarquía

de castigos no sólo en función de la importancia de los distintos bienes jurídicos protegidos y de las afectaciones a éstos, sino también atendiendo a consideraciones de política criminal; lo que podría derivar en una transgresión a derechos, garantías y derechos humanos.

En esta línea, es legítimo desde el punto de vista constitucional que esa política criminal tenga como objetivo disminuir la incidencia delictiva a partir del aumento de las penas. Así, el incremento en la comisión de ciertos delitos justifica que el legislador instrumente una respuesta penal de mayor intensidad que se traduzca también en un aumento de las penas. Por tanto, para evaluar la proporcionalidad de una pena también debe tenerse en cuenta si el legislador ha considerado, al momento de determinar su cuantía, que se trata de un delito cuya alta incidencia lo lleva a enderezar una intervención penal que se traduzca en una pena mayor.

Esto significa que tanto la gravedad de la conducta incriminada como la cuantía de la pena no sólo está determinada por el bien jurídico tutelado, la afectación a éste o el grado de responsabilidad subjetiva del agente, sino también por la incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera, siempre y cuando haya elementos para pensar que el legislador ha tomado en cuenta esta situación al establecer la pena. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha puesto de manifiesto la conveniencia de que el legislador exprese las razones que lo llevan a determinar una pena para un delito como un elemento especialmente relevante para evaluar la constitucionalidad de una intervención penal.

Se define "*Ne Bis In Idem*" como "Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme en un tribunal penal"; mientras que "*Non Bis In Idem*" se conceptualiza como "Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito." Se entiende que el

“*Ne Bis In Idem*” tendría mayor amplitud de concepto pues se habla de los mismos hechos, mientras que el segundo es más restrictivo pues solo se refiere a delitos, cuando se analizan las ejecutorias supremas nacionales como internacionales se observa que ambos conceptos se usan indistintamente, pues sus efectos tienen la mismas trascendencia “no dos veces de lo mismo”.

De esta manera, se define “*Ne Bis In Idem*” como “Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme en un tribunal penal”. Así, el Derecho Sancionador ha de elaborar en este punto una dogmática propia, aunque se encuentre inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada. Dogmática que habría de girar fundamentalmente sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas. Sin olvidar, por último, que el distanciamiento de las técnicas procesales es tanto más necesario en cuanto a que en el Derecho Sancionador el “*Ne Bis In Idem*” opera incluso para dos sanciones, es decir, sin que medie sentencia ni cosa juzgada.²³⁴

Esto es, el hecho de tomar en consideración la circunstancia de que el robo se haya cometido respecto de un vehículo automotriz, implicaría considerar nuevamente a uno de los elementos típicos que ya se encuentra implícito dentro de la descripción normativa del tipo básico (objeto material), y que incluso, determina la sanción aplicable. De tal suerte que tomarla como base para incrementar la pena denotaría la consideración de una misma conducta (tipo básico), dos veces (como circunstancia), para la imposición de una pena, cuando en puridad tal

²³⁴ Vid. CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”, Revista de Administración Pública, N° 156 (2001), pp. 191-249. “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 15 (2011), pp. 139-169.

circunstancia, es parte de la conducta típica básica, a la cual resulta exactamente aplicable, y extender uno de los elementos que lo compone al delito como circunstancia para incrementar la pena, no es, sino extender indebidamente una conducta para imponerle, primero, la pena del delito básico, y segundo, volver a imponer a la misma conducta una agravación (aumento de la pena por el mismo hecho).

Es por ello que demostraremos que la norma descrita en el artículo 220 en relación con el numeral 224 fracción VIII, ambos del Código Penal para la Ciudad de México son incompatibles entre sí y con los principios establecidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esencialmente con el principio constitucional “*Ne Bis In Idem*” y los principios emanados de la Jurisprudencia como el de prohibición de doble valoración y el de proporcionalidad; como con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (principalmente con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos), que forma parte de nuestro sistema jurídico.

Además, se sostendrá que el poder legislativo tiene la obligación de adecuar el Código Penal, vía creación de un nuevo Código, que derogue al vigente, a los principios que constan en la parte dogmática de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por México. La obligación de adecuar, además, implica algunos deberes para el legislativo, que se concreta en despenalizar conductas, abstenerse de criminalizar y penalizar otras.

Por otro lado, ¿puede un Juez penal resolver en contra del principio de legalidad y hacer interpretaciones extensivas de la ley? ¿Existen contradicciones entre algunas normas de ley penal y la Constitución? ¿Cuál es el método para resolver estas antinomias? ¿Han aplicado ya los jueces, en otros contextos, la Constitución por sobre y en contra de

la ley penal? Trataremos de responder afirmativamente a estas preguntas en el capítulo cuarto del presente texto.

En este trabajo pretendemos dar algunas pautas de las implicaciones para el Derecho Penal respecto de sostener que los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal limitan la intervención penal y es legítima cuando, paradójicamente, tutela bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; seguidamente, afirmaremos que el legislador tiene la obligación de materializar el principio de legalidad y adecuar el sistema jurídico a la Carta Magna Mexicana y a los derechos en ella reconocidos; en un tercer momento, desarrollaremos la idea de que el Juez penal es también garante de los derechos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y no sólo está atado al derecho penal y al principio de legalidad; sostendremos que el poder que tienen los Jueces, para no ser arbitrario, debe sujetarse a ciertos parámetros de interpretación y argumentación, sin los cuales se torna ilegítima la inaplicación de la ley penal. Finalmente y ejemplificativamente, demostraremos un caso penal que puede tener soluciones distintas a las contempladas en los tipos, si es que se aplican estándares constitucionales.

CAPITULO 3 MARCO LEGAL DEL DELITO DE ROBO DE VEHÍCULO.

La jerarquía y la interrelación entre las normas jurídicas que conforman el Derecho Positivo Mexicano se encuentra previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los términos siguientes:

“...Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”²³⁵

Este precepto constituye el fundamento de la supremacía constitucional y de los tratados internacionales, e implica que las leyes penales se deben ajustar a lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, no solo para su aplicación, sino también para su creación e interpretación. De ahí que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales se erigen como normas supremas cuyos mandatos serán inviolables por las leyes que conforman el derecho penal mexicano, principalmente las contenidas en los códigos penales locales y el Código Penal Federal.

Por ello, la relación del Derecho Penal frente a las normas supremas (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tratados internacionales) es de subordinación. Por otra parte, la ley penal se relaciona con otras de su misma jerarquía, en cuyo caso se deberán coordinar, mientras que con normas de menor jerarquía la relación será de superioridad, como sucede con los reglamentos, circulares, normas

²³⁵ *Cfr.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018.

oficiales, etcétera, las cuales jamás podrán sustituir o contravenir a las normas penales.

Estas tres relaciones jerárquicas del Derecho Penal, subordinación, coordinación y superioridad, nos servirán para ofrecer una interpretación sistemática del orden jurídico nacional.

Tradicional y normalmente, los conflictos normativos se resuelven a través de la declaración de invalidez de alguna de sus “partes contendientes”, según el criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) que finalmente no es sino el reconocimiento a la conformación aplicable del ordenamiento jurídico; de su inaplicación en virtud de oponerse a una norma de jerarquía superior, de acuerdo con el principio relativo;²³⁶ y, finalmente, por medio una interpretación restrictiva de alguna de ellas, que reduzca su ámbito semántico para hacerla inaplicable al caso concreto por existir una norma que se adapta más precisamente a él, según el criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*).²³⁷

No por la naturaleza política de la materia²³⁸ sino por su frecuencia y complejidad, los instrumentos referidos son ineficientes para resolver los conflictos normativos constitucionales y, en no pocas ocasiones – salvo el último de ellos que puede relacionarse con el principio de

²³⁶ Vid. REQUENA LÓPEZ, Tomás, “El principio de jerarquía normativa”, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 115.

²³⁷ Baste destacar entre los trabajos sobre antinomias, por ser de “reciente” aparición en México y fácilmente disponibles en nuestro país, a los siguientes: GUASTINI, Riccardo, “Antinomias y lagunas” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 71-91; CELOTTO, Alfonso, “Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias”, trad. de Liliana Rivera Rufino, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003; y HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

²³⁸ Generalmente vista como un elemento que hace “diferente” a la interpretación constitucional, pero que al cabo no es *tan* relevante. Vid. IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, “La interpretación de la Constitución (notas introductorias)”, Revista Vasca de Administración Pública, Oñati (Guipúzcoa), IVAP, núm. 9, mayo-agosto de 1984, pp. 14-15.

proporcionalidad, como más adelante se verá—. ²³⁹ La solución de conflictos entre normas de un mismo ordenamiento constitucional, ²⁴⁰ generalmente no puede obtenerse privilegiando a la posterior sobre la anterior, pues todas ellas fueron establecidas al mismo tiempo, y tampoco a través del principio de jerarquía ²⁴¹ ya que también se encuentran a un mismo nivel; por lo que toca al criterio de especialidad, en tanto revela “una *decisión consciente del legislador* de regular con carácter general una situación y exceptuar de la misma algún aspecto de esta última”, ²⁴² existen casos en los que no es de utilidad inmediata porque, debido a la estructura de las disposiciones constitucionales, ²⁴³ la *lex specialis* no es discernible por una mera exégesis textual, nivel en que generalmente se aplica dicho criterio. ²⁴⁴

²³⁹ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 222-223 y 228; y CARBONELL, Miguel, “Los derechos fundamentales en México”, México, CNDHUNAM, 2004, p. 127

²⁴⁰ Considerando una hipótesis “simple”, o sea a un ordenamiento fundamental integrado por las disposiciones textuales de la Constitución en sentido formal, puestas en vigor en un mismo momento y carente de modificaciones; que precisamente por éstas puede “complicarse” y dar cabida a nuevas relaciones entre sus normas. Cfr. ORUNESU, Claudina, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, “Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales”, México, Fontamara, 2005, pp. 120-121.

²⁴¹ A menos que se admita que las normas en cuestión tienen in *abstracto* y *a priori* diferente valor dentro del ordenamiento constitucional, en cuyo caso simplemente se impondría la tenga el mayor; Cfr. PRIETO SANCHÍS, op. cit., nota 4, pp. 232-233; y ALEXYS, Robert, “Theorie der Grundrechte”, 4ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 80.

²⁴² Vid. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho”, México, TEPJF, 2006, p. 465 (cursivas añadidas). Lo anterior se ejemplifica muy claramente en materia penal; tal es, por ejemplo, la diferencia entre los delitos de fraude genérico (art. 386 del Código Penal Federal) y defraudación fiscal (art. 108 del Código Fiscal de la Federación).

²⁴³ En este trabajo usaremos los términos “disposición” y “norma” para aludir respectivamente al enunciado lingüístico legal que formalmente expresa un mandamiento jurídico, objeto de la interpretación, y al significado prescriptivo de esa expresión, resultado de dicha actividad. Cfr. GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” (trad. de Miguel Carbonell), “Estudios sobre la interpretación jurídica”, 5ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11.

²⁴⁴ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005, pp. 99-100.

La ley fundamental es un texto redactado muy abstracta y ampliamente, de manera que “sólo deban marcarse sus líneas generales y proponerse sus objetos importantes, y que los ingredientes menores de éstos se deduzcan de su propia naturaleza”; de modo que en ella un gran número de disposiciones expresan normas con el carácter de “principios”, que no prescriben expresamente consecuencias jurídicas precisas a hechos muy concretos, sino que en forma abstracta ordenan lograr una determinada situación o salvaguardar un bien o interés que se estiman valiosos. Obviamente, para su aplicación los principios constitucionales deben concretizarse a través de “reglas”²⁴⁵ que dispongan conductas a seguir en casos concretos, pero su abstracción puede dar lugar a un número indeterminado y abierto de estas últimas; de las innumerables reglas derivadas de un principio constitucional, en un caso concreto, puede alguna ir contra el sentido normativo de otra resultante de diverso principio de la ley fundamental o aun del mismo del que provenga aquélla; se produce así un “conflicto” entre dichas reglas y una simultánea “colisión” entre los principios que las originan.²⁴⁶

Para resolver la antinomia expuesta, se necesita un análisis *profundo* y en ocasiones *sutil* –nada sencillo– sobre la forma en que se relacionan en las circunstancias del caso concreto, los bienes jurídicos que tutelan las normas fundamentales que confluyen en él.²⁴⁷ Dada la pretensión de corrección, objetividad y razonabilidad del derecho, la solución de tal conflicto normativo no debe abandonarse a la intuición o, peor aún, a la

²⁴⁵ Sobre la fundamental distinción entre “reglas” y “principios”, “clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”, es de obligada referencia Alexy, *op. cit.*, pp. 71-75.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 77-79.

²⁴⁷ Invariablemente, tras cada norma jurídica se halla un interés humano al que se aplica algún valor, que aquélla intenta proteger. *Vid.* RECASÉNS SICHES, Luis, “Tratado general de filosofía del derecho”, 14ª ed., México, Porrúa, 1999, pp. 226-230.

buena voluntad de los operadores jurídicos,²⁴⁸ sino requiere pautas metodológicas que contribuyan a moderar en una manera justa, de “*igualdad proporcional*”, la relación de los intereses en conflicto y las normas jurídicas que los apoyan.

El “principio de proporcionalidad”, desarrollado especialmente en Alemania, implica criterios de solución a tales conflictos, que aseguran al máximo grado posible la objetividad del operador jurídico y “establecer resultados o decisiones de manera *racional* que son bastante aceptables”.²⁴⁹

Se sostiene que, cuando se aplica la autoridad de cosa juzgada como institución jurídica, estamos ejercitando esta institución en términos de “*Favor Rei*”. Igual se dice que opera el “*Favor Rei*” cuando invocamos el principio “*Ne Bis In Idem*” cuando se pretende iniciar doble juzgamiento por un mismo hecho. La cosa juzgada y el “*Ne Bis In Idem*” son principios singulares y el “*Favor Rei*” constituye un principio general. Los tres con normas del Debido Proceso y forman parte del sistema de los Derechos Humanos consagrados en las constituciones de los países democráticos amantes de la paz y en las convenciones y tratados internacionales. A continuación analizaremos diversos principios.

3.1 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

²⁴⁸ Tal tarea corresponde al legislador y a los tribunales, pero más a los últimos pues dichos conflictos se presentan en situaciones inmediatamente imprevisibles por aquél, tocando a ellos como intérpretes finales de la Constitución dar concreción a su contenido indeterminado y una solución categórica al problema. Cfr. SERNA, Pedro y Fernando Toller, “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos”, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 22 y 59.

²⁴⁹ Vid. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “La argumentación como derecho”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 150.

3.1.1 LEGALIDAD O SEGURIDAD JURÍDICA.

El principio de legalidad, el cual fue delineado por Feuerbach²⁵⁰ con la fórmula latina “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, la cual se concibe como un medio de control al poder represivo del Estado,²⁵¹ el cual quedó plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los términos siguientes:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. 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.”²⁵²

²⁵⁰ Cfr. CERESO Mir, “Curso de derecho...”, *cit.*, pp. 162 y 163; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Manual...*, *cit.*, vol. II, pp. 38 y 39; Welzel, *Derecho penal (parte general)*, *cit.*, pp. 26 y 27.

²⁵¹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General”, Madrid, España, Editorial Civitas, pp. 137, 145 y 146.

²⁵² Cfr. “PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.- El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal,

Es precisamente a la exacta aplicación de la ley penal, que cobran vigencia los principios de “*nullum crime sine lege*” —no hay delito si no se encuentra establecido en una ley— y “*nulla poena sine lege*”, —no existe pena sin una ley que la establezca—.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido el alcance del derecho fundamental a la exacta aplicación de la ley penal en diversos casos sometidos a su conocimiento. Así al analizar el tipo penal relativo al robo de infante, determinó que el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no sólo conlleva la prohibición de imponer una pena por analogía o por mayoría de razón, sino también la aplicación de una norma que prevé determinada sanción a un caso que no está de manera expresamente castigado por ésta; además, que tal derecho no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trate, sino que obliga también al legislador a

toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.” Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, se encuentra recogido en la tesis aislada de 1ª. CXCII/2011 (9ª.), de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro I, octubre de 2011, tomo 2, página 1094, con número de registro “IUS” 160794.

que, al expedir las normas de carácter penal, señale las conductas típicas y las penas aplicables con tal precisión que evite un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador, por lo que la ley penal debe estar positivizada de tal forma que los términos mediante los cuales especifique los delitos y las penas, sean claros, precisos y exactos para que, tanto la autoridad aplicadora, como el destinatario de la misma no incurran en confusión ante lo indeterminado de los conceptos, en demérito de la defensa del procesado.²⁵³

La anterior idea se encuentra recogida en la tesis aislada de esta Primera Sala 1ª. XLIX/2002, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI, Julio de 2002, página 58, del contenido siguiente:

“ROBO DE INFANTE. EL ARTÍCULO 302, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA, AL PREVER EXPRESAMENTE LA PENA POR LA COMISIÓN DE AQUEL DELITO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL.- La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se traduce en la prohibición de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, pues la imposición de una pena, implica, también por analogía, la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción a un caso que no está expresamente castigado por ésta, es decir, aquella imposición y aplicación por analogía, es la que proscribire dicha garantía, ya que la pena que se pretendiera imponer al hecho no penado en la ley, no tendría una existencia legal previa, violándose con ello los

²⁵³ Vid. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Las Garantías Individuales”, 36ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 2013, pp. 506-583.

principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege; asimismo, es de precisarse que la mencionada garantía no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trate, sino que obliga también al legislador a que, al expedir las normas de carácter penal, señale las conductas típicas y las penas aplicables con tal precisión que evite un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador, por lo que la ley penal debe estar concebida de tal forma que los términos mediante los cuales especifique los delitos o las penas, sean claros, precisos y exactos a fin de evitar que la autoridad aplicadora incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos y, en consecuencia, en demérito de la defensa del procesado. En este tenor, se concluye que el artículo 302, fracción V, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla cumple con la citada garantía constitucional, toda vez que precisa debidamente la consecuencia jurídica del delito de robo de infante, pues expresamente establece la pena correspondiente, esto es, prisión de dieciocho a cincuenta años y multa de cien a mil días de salario mínimo, con lo que se otorga certeza jurídica a quien se le aplique tal sanción y se evita, en consecuencia, la arbitrariedad en la actuación de la autoridad aplicadora.”

3.1.2 DEBIDO PROCESO.

El debido proceso²⁵⁴ implica que nadie puede ser sancionado penalmente sin la previa celebración de un procedimiento en el que se

²⁵⁴ *Idem.*

hayan cumplido todas las formalidades previstas en la ley (artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).²⁵⁵

El maestro ecuatoriano Zavala Baquerizo señala que “...entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informa el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho.”²⁵⁶

Asevera Zavala Baquerizo que el ciudadano tiene derecho al Debido Proceso, esto es a la iniciación desarrollo y conclusión de un proceso en donde se respeten todas las normas garantizadoras que el Estado ha impuesto para el efecto. “...El imperio del debido proceso –anota el distinguido tratadista ecuatoriano- comienza con la investigación preprocesal y concluye una vez que se ha cumplido la condena. En todo ese período el sospechoso, el imputado, el acusado y el penado, respectiva y sucesivamente, se encuentran amparados por el Estado para que se cumplan los mandatos nacionales e internacionales que garantizan el cumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en los indicados mandatos.”

Por otro lado, Ricardo Vaca Andrade en su “Manual de Derecho Procesal Penal” establece que “el debido proceso es el conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona de los posibles

²⁵⁵ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, “El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia”, Madrid, Colex, 1997, esp. pp. 45-47.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 45.

excesos o riesgos de abuso o desbordamiento de la autoridad del Estado”;²⁵⁷ podemos afirmar que en su acepción jurídica, el debido proceso es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional se materialice, si se tiene en cuenta que es imposible aplicar el derecho por parte de los Órganos del Estado, sin que la actuación de éstos se haya ajustado a los procedimientos institucionalizados para el fiel cumplimiento de su misión de administrar justicia.

Significa esto que todos los actos que el juez y las partes ejecutan, en la iniciación, impulso procesal, desarrollo y extinción del mismo, tienen carácter jurídico porque están previamente señalados por la ley instrumental. Es una actividad reglada y garantizadora que se desarrolla por etapas, entrelazadas o unidas por un objetivo común, como es el de obtener la aplicación del derecho positivo, a un caso concreto, sometido a la actividad jurisdiccional del Estado.

La institución del debido proceso aparece señalada como derecho fundamental por lo que ha significado para el desarrollo del hombre, como ser social. El hombre es el principio y fin de todo sistema de organización estatal, de ahí que el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de él son en el presente el primer objetivo del constitucionalismo actual.

El principio de autoridad de los gobernantes, está limitado por ciertos derechos de la persona humana, que son anteriores y superiores a toda forma de organización política. Esa limitación de los gobernantes constituye el punto de partida de todas las doctrinas que se ocupan de reivindicar para el hombre unos atributos esenciales que el Estado se halla en la obligación de respetar.

²⁵⁷ Vid. VACA ANDRADE, Ricardo, “Manual de Derecho Procesal Penal. Volúmen 1 y 2”; Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, pp. 1225.

3.1.3 PUBLICIDAD, CONTRADICCIÓN, CONCENTRACIÓN, CONTINUIDAD E INMEDIACIÓN.

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.”²⁵⁸ No omitimos manifestar que dichos principios son coincidentes con lo establecido en el apartado “A”, primer párrafo, del artículo 45, de la Constitución Política de la Ciudad de México²⁵⁹ que en lo conducente indica:

“Artículo 45 Sistema de justicia penal A. Principios 1. En la Ciudad de México el proceso penal será acusatorio, adversarial y oral, y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, de igualdad ante la ley, de igualdad entre las partes, de derecho a un juicio previo y debido proceso, presunción de inocencia, prohibición de doble enjuiciamiento e inmediación. Para las garantías y principios del debido proceso penal se estará a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los instrumentos internacionales en la materia, esta Constitución y las leyes generales y locales. 2. Las autoridades de la Ciudad establecerán una comisión ejecutiva de atención a víctimas que tome en cuenta sus diferencias, necesidades e identidad cultural; proporcione procedimientos judiciales y administrativos oportunos, expeditos, accesibles y gratuitos; e incluya el resarcimiento, indemnización, asistencia y el apoyo material, médico, psicológico y social necesarios, en los términos de lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Constitución y las leyes generales y locales en la materia...”

Por su parte, en el apartado “A”, del 20 de nuestra Carta Magna, se señalan los principios generales:

²⁵⁸ *Cfr.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2018.

²⁵⁹ *Cfr.* Constitución Política de la Ciudad de México 2018.

- I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.
- II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.
- III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.
- IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.
- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.
- VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución.
- VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.
- VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

- IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.
- X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.²⁶⁰

Los anteriores principios en comento, por su estrecha vinculación y relación con los principios procesales, abordaremos la explicación de los mismos en el apartado de los principios adjetivos.²⁶¹

3.1.4 PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.

Previsto en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone:

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado (...)”.²⁶²

Como puede advertirse del dispositivo constitucional antes transcrito, en su parte *in fine* consagra el principio de proporcionalidad de las penas —al que alude el quejoso— cuya aplicación cobra especial interés en la materia criminal, pero que ha sido aplicado extensivamente a otros campos del orden jurídico que por su naturaleza, conllevan también el ejercicio del *ius puniendi*.

La inclusión literal del postulado de proporcionalidad en el mencionado dispositivo constitucional, al ser un verdadero imperativo para toda sociedad democrática, se dio mediante la reforma integral al sistema

²⁶⁰ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018.

²⁶¹ Vid. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Las Garantías Individuales”, 36ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 2013, pp. 646-647.

²⁶² Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018.

penal mexicano que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho.

De dicho proceso de reforma constitucional se logra extraer que en la respectiva exposición de motivos formulada por la Cámara de Origen, la cual fue la de Diputados, de veintinueve de septiembre de dos mil seis, se señaló lo siguiente:

“...Lo que se pretende con la reforma del sistema de justicia es dar soluciones de calidad a los gobernados.

Principios de “lesividad” y “mínima intervención”.

Para garantizar un sistema penal democrático es preciso no sólo construir sus alcances sino, también, definir los límites de intervención que un Estado social y democrático debe ofrecer a sus gobernados. En este sentido, coincidimos con la propuesta de la Red que, en materia sustantiva penal, agrega en un párrafo tercero a los principios fundamentales del ius puniendo, como el de “proporcionalidad” y “lesividad”...

“El principio de proporcionalidad supone que el legislador deberá tomar en cuenta la magnitud del bien jurídico afectado por una conducta delictiva al momento de determinar qué sanción se le debe aplicar; para ello se deberá atender, entre otros elementos, al resto del sistema de sanciones, de modo que a una conducta que dañe un bien jurídico de menor importancia no se le aplique una sanción que supera a la que se le aplica a una conducta que sanciona un bien jurídico de mayor importancia. La proporcionalidad exige también que el legislador elija la sanción más benigna posible de entre todas aquellas que tengan la misma eficacia para el objetivo que se propone alcanzar, de tal modo que el sacrificio que se realice del derecho de libertad del que disfrutaban todos los habitantes del país sea el mínimo indispensable.

El principio de lesividad consiste en que el legislador debe sancionar penalmente sólo aquellas conductas que en verdad dañen bienes jurídicos relevantes, ya sean de titularidad individual o colectiva. Con ello se subraya el carácter del derecho penal como última ratio, como recurso extremo del Estado para sancionar a personas que realicen conductas antijurídicas.”

Conforme a lo anterior, el ánimo del Constituyente permanente al reformar el artículo 22 de la Constitución General de la República,

incluyendo el principio de proporcionalidad, fue que el legislador al momento de establecer las sanciones penales respectivas, tome en consideración la magnitud del bien jurídico afectado por una conducta delictiva al momento de determinar qué pena se le debe aplicar; para ello ha de atender, al resto del sistema de sanciones, para que éste no sea discorde a la importancia de los bienes jurídicos tutelados, sancionándose la vulneración de un bien de menor importancia con una pena mayor de la que correspondería por atentar contra un bien jurídico protegido de mayor entidad, o viceversa.

Además, exige también que el legislador elija la sanción más benigna posible de entre el conjunto de las eficaces para lograr el fin que persigue tipificar tal conducta de forma que encuentre una justificación el limitar la libertad de las personas, siendo ésta la medida última o extrema.

De acuerdo con el artículo 22 de la Constitución General de la República —como lo señaló anteriormente esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el juicio de amparo directo en revisión 181/2001— *“toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”*. Este derecho fundamental recoge lo que en la doctrina penal se denomina la concepción estricta del principio de proporcionalidad en materia penal. El contenido de este derecho consiste en la exigencia de una adecuación entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito.

Asimismo, cabe señalar que esta Suprema Corte se ha encargado de analizar en otras ocasiones la constitucionalidad de penas establecidas por el legislador, a la luz del principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 22 constitucional. En este sentido, se ha sostenido que “la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las

penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes.”

En este sentido, el derecho fundamental a una pena proporcional constituye un mandato dirigido tanto al legislador como al juzgador. El primero cumple con ese mandato, al establecer en la ley penal la clase y la cuantía de la sanción atendiendo a la gravedad de la conducta tipificada como delito.²⁶³

Así, la proporcionalidad en abstracto de la pena se determina atendiendo a varios factores: la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien y el ámbito de responsabilidad subjetiva. Por su parte, el juez penal es el encargado de determinar la proporcionalidad en concreto de la pena. El legislador debe proporcionar un marco penal abstracto que permita al juzgador individualizar la pena, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, tales como: la lesión o puesta en peligro del bien, la intervención del agente para causar la lesión o crear el riesgo, así como otros factores sociales o individuales que sirvan para establecer la menor exigibilidad de la conducta.

3.1.5 NON BIS IN IDEM.

Se prohíbe el doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos y más aún el sancionar dos veces la misma conducta: “*Non Bis In Idem*”.²⁶⁴

Afirma Fernando de la Rúa²⁶⁵ que el proceso penal es un instrumento de garantía de la libertad individual, único medio de actuar la ley penal

²⁶³ Vid. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Las Garantías Individuales”, 36ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 2013, pp. 661-664.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 665-670.

sustantiva frente al hecho concreto de su violación; siendo del principio “*Non Bis In Idem*” un complemento que protege la libertad individual. “Esto –asegura- la eleva a la categoría de principio básico y previo al proceso. Al igual que los principios “*Nulla Poena Sine Lege*”, “*Nulla Poena Sine Indicio*”, del juez natural, de inocencia y de inviolabilidad de la defensa, el principio “*Non Bis In Idem*” es regulador de la estructura procesal y constituye una base constitucional que encuentra en los códigos su reglamentación”.²⁶⁶

Enseña de la Rúa que este principio no surge del proceso, sino que existe antes que él, y, al igual que las otras reglas, prefija su estructura mínima de instrumento de resguardo de la libertad individual. “Otros principios procesales –indica de la Rúa- como el de oficialidad y el de verdad real, tienen una base diversa, científica, pero no constitucional, cuyo objetivo principal es la eficacia del rito como medio de actuación de la ley penal más que la preservación de la libertad personal.”

Suele señalarse que el “*Non Bis In Idem*” tiene manifestaciones sustantivas o materiales y procesales o adjetivas. En cuanto a lo primero, se hace referencia a la sanción en sí; el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. En lo adjetivo o procesal, se hace referencia al cauce formal del proceso, determinando la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y juzgamiento del hecho sobre el que ha recaído sentencia ejecutoriada, cesación de procedimiento o resolución de preclusión de la investigación.

²⁶⁵ Vid. De La Rúa, Fernando. “Non bis in idem” artículo en “Enciclopedia Jurídica Omeba” Tomo XX, pp. 320.

²⁶⁶ Vid. De La Rúa, Fernando. “El recurso de casación en el derecho positivo argentino”; Universidad de Michigan, V.P. de Zavallá, 1968, pp. 683.

Esta distinción muestra una especificación tanto de sus presupuestos como de las consecuencias jurídicas. En el caso del “*Non Bis In Idem*” sustantivo o material, el presupuesto estaría constituido por la identidad de infracción y la consecuencia, por la sanción de contenido punitivo. El “*Non Bis In Idem*” adjetivo o procesal tomaría por contra como presupuesto, no el «crimen», sino el «factum», y como consecuencia a evitar, cabalmente, el propio proceso. Tenemos que, entonces, la identidad requerida va más allá de los hechos, para adentrarse tanto en el sujeto como en la fundamentación del procedimiento sancionador o de la sanción en sí.

Esto significa que el “*Non Bis In Idem*” sólo funciona en la jurisdicción represiva en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, no funcionaría la garantía en concreto en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras.

Jorge Zavala Baquerizo enseña que este principio, por lo general, no ha sido destacado por los estudiosos, pues, cuando dice que “ninguna persona será procesada, o penada, más de una vez por un mismo hecho”, está abarcando no sólo el hecho comprendido en las resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, sino también en el caso que estando en trámite un proceso penal, no es posible que se inicie otro por el mismo hecho y contra la misma persona a quien se refiere el anterior proceso, esto es, que si alguien está siendo “juzgado” en un proceso penal por una conducta delictuosa, no puede ser sujeto pasivo de otro proceso penal para ser “juzgado” por la misma conducta a la que se refiere el proceso precedente.

“Esto es –advierte Zavala- , que entra en acción la excepción de litis pendencia. De lo que se concluye que el precepto de nuestro análisis no sólo enuncia la prohibición de que una persona pueda ser procesada

dos veces por un mismo hecho (*Non Bis In Idem*), sino que también consagra la prohibición de que se duplique el juzgamiento cuando precedente y colateralmente se está desarrollando un proceso por el mismo hecho contra la misma persona (*litas pendentia*).²⁶⁷

El principio "*Non Bis In Idem*" es una garantía jurídico penal que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho. Este principio consagrado constitucionalmente ha estado emparentado desde sus orígenes con el principio de la cosa juzgada.

El principio que prohíbe someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta, es expresión directa de la justicia material. En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. El principio "*Non Bis In Idem*" actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial.

La finalidad principal del principio "*Non Bis In Idem*" es garantizar derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad, entre otros; como finalidad secundaria encontramos la seguridad jurídica. Esto a mi parecer lo diferencia claramente de la cosa juzgada, donde la finalidad principal siempre será la seguridad jurídica; además, el principio de cosa juzgada tiene mayor amplitud que el principio "*Ne Bis In Idem*", este último se circunscribe al Derecho Penal mientras que el primero es aplicable para todas las ramas del Derecho.

²⁶⁷ Vid. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I; Quito, Ecuador, Universidad de Guayaquil, Edino, p. 219.

3.1.6 NE BIS IN IDEM.

En este orden de ideas, se define “*Ne Bis In Idem*” como “Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme en un tribunal penal”; mientras que “*Non Bis In Idem*” se conceptualiza como “Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito.” Se entiende que el “*Ne Bis In Idem*” tendría mayor amplitud de concepto pues se habla de los mismos hechos, mientras que el segundo es más restrictivo pues solo se refiere a delitos, cuando se analizan las ejecutorias supremas nacionales como internacionales se observa que ambos conceptos se usan indistintamente, pues sus efectos tienen la misma trascendencia “*no dos veces de lo mismo*”.²⁶⁸

Universalmente conocido como “*Ne Bis In Idem*”, especialmente en la doctrina alemana e italiana, pero tradicionalmente identificado en la doctrina y jurisprudencia hispanoamericana como “*Non Bis In Idem*”, contiene la fórmula según la cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por el mismo hecho.

En definitiva doctrinalmente puede entenderse que el “*Non Bis In Idem*” es un Principio General del Derecho que, basado en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento.²⁶⁹

²⁶⁸ Vid. MAÑALICH, Juan Pablo, “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15 (2011), pp. 139-169, 140 y ss.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 142-159 y ss.

El principio “*Ne Bis In Idem*” no es subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio accesorio, ya que no nace del proceso, sino existe antes que él, es un regulador del proceso judicial o del procedimiento administrativo. La garantía cobijada en este principio es el derecho a la tutela judicial efectiva como el respeto a los derechos fundamentales y el valor superior de la libertad ya que si se inicia otro proceso que ha concluido con resolución de fondo con efecto de cosa juzgada no cabe iniciar (con sus excepciones) otro proceso porque de ser así se menoscaba la tutela judicial efectiva. De esta manera, el Derecho Sancionador ha de elaborar en este punto una dogmática propia, aunque se encuentre inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada. Dogmática que habría de girar fundamentalmente sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas. Sin olvidar, por último, que el distanciamiento de las técnicas procesales es tanto más necesario en cuanto a que en el Derecho Sancionador el “*Ne Bis In Idem*” opera incluso para dos sanciones, es decir, sin que medie sentencia ni cosa juzgada.²⁷⁰

En esta búsqueda de soluciones mejores se ha pensado también explicar esta figura jurídica no desde una perspectiva procesal (como es el caso de la cosa juzgada), sino normativa, de tal manera que la regla del “*Ne Bis In Idem*” sería simplemente el resultado de un concurso de leyes, tratamiento que ofrece la ventaja adicional de contar con una teorización bien conocida respecto a los criterios y principios en la solución de conflictos de normas.

²⁷⁰ Vid. CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”, Revista de Administración Pública, N° 156 (2001), pp. 191-249. “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 15 (2011), pp. 139-169.

En efecto, si existe la posibilidad de una pluralidad de sanciones por un solo hecho, ello es consecuencia obviamente de que existe una previa pluralidad de tipificaciones infractoras del mismo, porque, si sólo existiera un único tipo normativo, es claro que sólo podría haber una sanción.

Vistas así las cosas, la cuestión de la pluralidad de sanciones se podría reconducir a la de pluralidad de infracciones y, como éstas tienen que estar tipificadas en una ley previa, en último extremo, pudiéramos situarnos ante la vieja cuestión del concurso de normas.²⁷¹

En otras palabras, la concurrencia de normas sancionadoras de un mismo hecho significa que éste es sancionado por dos fundamentos o causas distintas, lo que se conecta, en último extremo, con el bien protegido, ya que para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.

En las condiciones relatadas, algunos doctrinistas refuerzan esta postura al establecer que el artículo 23 constitucional o el principio “*Ne Bis In Idem*”, prohíbe que un mismo delito —hecho—, sea doblemente sancionado, no que sea tipificado doble, triple o “n” cantidad de veces. En otras palabras, el ámbito propio de acción del mencionado principio lo constituye la sanción y no la infracción en sí misma.²⁷²

²⁷¹ Entre los principios que sirven de base para dar solución al conflicto de normas están los siguientes: especialidad, consunción o absorción, subsidiariedad, alternatividad, cronológico, jerárquico y, favorable.

²⁷² *Cfr.* A este respecto, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió esta dicotomía de criterios al emitir la Tesis de Jurisprudencia P. LX/96 que dice:

Por lo demás, el sistema descansa en un principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primeras, de modo que un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.”²⁷³

Pues bien, en lo que ahora interesa, el rechazo de un doble enjuiciamiento de la misma conducta se ha encuadrado por la jurisprudencia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, y se ha concretado en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada.

En el presente caso, el exceso de graduación punitiva, se cuestiona desde dos ángulos distintos aunque complementarios. El primero, se relaciona con el exceso de la condena en sí mismo, en cuanto se ordenó una adición a la pena con base en una causal genérica de agravación establecida en el Código Penal pese a que previamente se

“RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TITULO CUARTO CONSTITUCIONAL.- De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A). La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; B). La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito; C). La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y, D). La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales.”

²⁷³ *Cfr.* Instancia: Pleno Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: III, Abril de 1996. Tesis: P. LX/96. Página: 128.

había aumentado la pena básica de conformidad con las causales específicas de agravación contempladas. El segundo, se refiere a la prohibición que pesa sobre el superior para acrecentar la pena impuesta al apelante que tenga el carácter de apelante único.

El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*Non Bis In Idem*), consagrado como derecho fundamental en la Constitución expedida con posterioridad a la ejecutoria del fallo objeto de la acción de tutela, sanciona negativamente la hipótesis cuestionada. En efecto, si el Juzgador echa mano de las causales de agravación genéricas el plus de pena deberá aplicarse a la sanción básica y no al monto total de la pena ya agravada merced a una causal específica de agravación, pues, de lo contrario, un mismo hecho se estaría castigando doblemente.

3.2 TRATADOS INTERNACIONALES.

Los convenios internacionales recogen en sus artículos primeros las obligaciones generales de los Estados: respetar y hacer respetar. La primera implica, en cualquier tipo de derechos, un deber de abstención. El estado no puede realizar actos que puedan violar los derechos humanos. El “hacer respetar”, en cambio, obliga al Estado a realizar acciones, ya para evitar que terceros violen los derechos humanos, ya para promover positivamente la realización de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos la enuncia de la siguiente manera:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.²⁷⁴

Este artículo bastaría para encuadrar la obligación de legislar como parte del enunciado de “garantizar su libre y pleno ejercicio...”. Sin embargo, como para resaltar la importancia de la obligación de legislar en general, que tiene un Estado, también se enuncia la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La adecuación, como se desprende del texto, no es exclusivamente legislativa. Se refiere al poder del Estado de normar, cuando menciona que las medidas podrían ser “de otro carácter”, esto es, por ejemplo, reglamentar, expedir acuerdos, planes, programas o proyectos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es propiamente “mexicana” sino “internacional”, pero sostenemos que el orden jurídico mexicano se vincula a ella por virtud del artículo 133 constitucional y la posición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado sobre los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual es especialmente relevante en la práctica judicial, aun la de ese mismo Tribunal Constitucional. Por otra parte, una correcta interpretación sistemática de normas constitucionales –que conduce a la solución de los conflictos entre ellas–, exigiría tener en cuenta no sólo el documento textual en el que se incluyen sino también lo establecido

²⁷⁴ *Cfr.* Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 1.

en otros, máxime que al incumplir éstos incurriría el Estado mexicano en responsabilidad internacional.

En el plano internacional, este principio de “Ne Bis In Idem”, es ampliamente reconocido. No obstante, a pesar de estar sustentado en la figura de la *res iudicata*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido excepciones a la prohibición de doble enjuiciamiento expresada, particularmente, en los artículos 14.7 y 8.4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. De las sentencias de los casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua*; *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*; *Cantoral Benavides vs. Perú*; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*; *Lori Berenson Mejía vs. Perú*; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*; *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*; y *Mohamed vs. Argentina*; se desprende, por ejemplo, que no puede ampararse en el principio non bis in idem, ni en la cosa juzgada, si con ello se incumple con el debido proceso²⁷⁵ o quedan impunes violaciones a derechos humanos, mediante resoluciones fraudulentas las cuales pretenden absolver a quien los violentó, con objeto de protegerle.

Los Convenios Internacionales recogen de una u otra forma el concepto de “Ne Bis In Idem”, así tenemos por ejemplo la cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica que señala: “El inculpado absuelto,

²⁷⁵ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*; Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*; Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*; Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre 2004, Serie C No. 117.

por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”.²⁷⁶ De igual manera la cláusula 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya ha sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país”.²⁷⁷ La fórmula utilizada por la Convención Americana –mismos Hechos– es un término más amplio y beneficia a la víctima.

Esta garantía, como medio de inadmisión de la persecución penal se asienta sobre tres requisitos concurrentes, tres identidades: a) En primer lugar, funciona en los casos en que la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento final o que viene siendo perseguido (*eadem persona*); b) En segundo lugar, se necesita que se trate del mismo hecho punible (*eadem res*). Este requisito se refiere al hecho fáctico por el cual se ha o se viene procesando; c) Finalmente, se debe de exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causa pretendi*).²⁷⁸

En este punto, podemos retomar nuestra pregunta original ¿hay que adecuar las normas penales, en particular el Código Penal de la Ciudad de México, a la Constitución y a los instrumentos de derechos humanos? La respuesta es categóricamente sí. Las razones son múltiples. Una razón histórica nos diría que la Constitución, al establecer derechos humanos y algunos principios de carácter penal en los años noventa y reactualizarlos en la primera década del siglo XXI, tienen una mirada actual de los bienes jurídicos penales. El Código

²⁷⁶ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁷⁷ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁷⁸ Vid. CARBONELL, Miguel, “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional”, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 7-349.

Penal para la Ciudad de México, fue escrito e inspirado con ideologías de hace dos siglos, en los que imperaba una filosofía liberal, que ponía énfasis en principios morales burgueses y en la propiedad. Otra razón, es la jurídica. En teoría del derecho una de las ideas fuerza es la del sistema normativo. El sistema de normas debe ser coherente y esa coherencia, entre otros filtros, se logra por el principio de jerarquía, en virtud del cual todas las normas de carácter secundario deben ser conformes con las normas constitucionales. Finalmente, en el constitucionalismo moderno, el sistema jurídico se hace material o sustancial. El contenido de las normas, y no sólo el procedimiento, debe ser rematerializado en función de los derechos humanos.

El Código Penal tiene que ser mirado con los lentes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No cabe ya que el Código Penal sea considerado como un ente autónomo, que se basta a sí mismo por el sólo hecho de ser distinto al Código Civil. Si al mirar el Código Penal a la luz de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos encontramos diferencias, entonces, se impone una reforma legal.

3.3 PRINCIPIOS PROCESALES.

Por otra parte, después de la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales en el Diario Oficial de la Federación del 5 de marzo de 2014, podemos decir que el derecho procesal mexicano se debe ajustar a los siguientes principios propios de un sistema acusatorio adversarial:

A) Imparcialidad, independencia, competencia y establecimiento legal previo del juzgador.

- B) Presunción de inocencia.
- C) Igualdad entre las partes.
- D) Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, cuando no comprenda o hable el idioma del juzgado o tribunal.
- E) Derecho a estar presente en el proceso.
- F) Derechos de defensa:
 - 1) Derecho a defenderse por sí mismo (defensa material).
 - 2) Derecho a contar con la asistencia de un defensor y a comunicarse con él de manera privada y libre.
 - 3) Derecho a que se le comunique detalladamente y en forma oportuna la imputación y la acusación.
 - 4) Congruencia entre acusación y sentencia condenatoria.
 - 5) Derecho a disponer tiempo adecuado para preparar su defensa.
 - 6) Derecho a contar con los medios adecuados para preparar su defensa.
 - 7) Derecho a ofrecer pruebas y expresar alegatos.
 - 8) Derecho a contradecir las pruebas y alegatos de la contraparte.
 - 9) Derecho a ser auxiliado para que sus testigos comparezcan a juicio.
 - 10) Derecho a interrogar a sus testigos y contrainterrogar a los testigos de cargo.
- G) Derecho a que los testigos de cargo declaren en su presencia en juicio (derecho a ser careado, también conocido como derecho a la confrontación).
- H) Derecho a impugnar la sentencia de primera instancia.
- I) Derecho a guardar silencio.
- J) Inadmisibilidad o exclusión de pruebas ilícitas.
- K) Derecho a ser juzgado en plazo razonable.
- L) Juicio público, contradictorio, concentrado, continuo y celebrado ante

Juez o jurado (juicio en audiencia pública).²⁷⁹

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece las características y principios rectores del proceso penal:

“Artículo 4. El proceso penal será acusatorio y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes. Este Código y la legislación aplicable establecerán las excepciones a los principios antes señalados, de conformidad con lo previsto en la Constitución. En todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado”.

El primer párrafo de este artículo coincide con el proemio del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Artículo 5. Principio de publicidad. Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código. Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.”

El sistema penal se transforma y se hace más transparente. Lo que se pretende a través de la aplicación del principio de publicidad, es que cualquier ciudadano pueda asistir a las audiencias, para poder constatar cómo se imparte justicia, ya que cualquier persona presente en la sala de audiencia puede conocer al igual que los jueces, el material del juicio, es decir, hechos, declaraciones, pruebas y argumentos; lo anterior, como una forma de control público.²⁸⁰

²⁷⁹ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique, “Proceso penal acusatorio y teoría del delito (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)”, México, Straf, 2008, esp. pp. 5-371.

²⁸⁰ Vid. FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 616.

“Artículo 6. Principio de contradicción. Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.”

En relación con las fracciones V y VI del apartado A de la Constitución General, el principio de contradicción implica la necesaria igualdad procesal de las partes, y está íntimamente relacionado con el derecho de audiencia y el derecho de defensa.²⁸¹

“Artículo 7. Principio de continuidad. Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en este Código.”

La finalidad de este principio es limitar la suspensión de las audiencias (en lo general, y de la audiencia de juicio, en particular) a casos excepcionales, previstos en el propio Código Nacional de Procedimientos Penales, así como de evitar, en la medida de lo posible, su interrupción, so pena de reiniciarlas. Este desarrollo continuo de la audiencia puede prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, sin que esto resulte contrario al principio de concentración. El principio de continuidad garantiza la unidad del debate y de la audiencia, así como un proceso sea más ágil, evitando con ello que el trámite del mismo se extienda por un lapso prolongado, que antiguamente podía durar incluso años y, en consecuencia, debe ser interpretado conforme al artículo 17 constitucional, en tanto que hace efectivo el derecho de acceso a una justicia pronta y expedita, esto es, no como una antinomia al principio de concentración, sino como principios complementarios.²⁸²

²⁸¹ *Cfr.* Tesis I,1o.P.11 P (10a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito; Libro XXVI, Tomo 2, noviembre 2013, p. 1406. Tesis CCXLIX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, marzo de 2012, Tomo I, p. 292.

²⁸² *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones”, octava edición, Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia de la

“Artículo 8. Principio de concentración. Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento. Asimismo, las partes podrán solicitar la acumulación de procesos distintos en aquellos supuestos previstos en este Código.”

El principio de concentración busca evitar la dispersión temporal y material de las actuaciones procesales, garantizando que se desahoguen en un mismo acto.

“Artículo 9. Principio de inmediación. Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.”

El cual establece que en todas las audiencias, las partes que deban intervenir en el juicio oral, deberán estar presentes de principio a fin, a saber, el imputado, el órgano acusador y primordialmente el juzgador, quien no podrá delegar su función en otra persona; consiste en que nadie debe intervenir entre quien ofrece la información y quien la recibe, así como la presencia ininterrumpida de todos los que participan en las audiencias ²⁸³

“Artículo 10. Principio de igualdad ante la ley. Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las

Nación/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Miguel Ángel Porrúa, México, 2012, Tomo II, pp. 231-268; ZAMUDIO ARIAS, Rafael, “Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: Oralidad, Inmediación, Contradicción, Concentración”, en El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional, Consejo de la Judicatura Federal, 1ª edición, México, 2011, p. 65.

²⁸³ *Vid.* DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, “El juicio oral y los principios de inmediación y Contradicción”, Consejo de la Judicatura Federal. Número 36 de la Revista del Instituto de la Judicatura Federal —Escuela Judicial—. México, 2014, p. 69

mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior, sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.”

Aquí es relevante dejar claro que la igualdad ante la ley y la no discriminación no son sino dos caras de la misma moneda, dos facetas del mismo axioma, de ahí que en principio se lea «Todas las personas [...] recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades...», aspecto positivo del precepto. Posteriormente, mandata que no se admitirá discriminación basada en cualquier motivo que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas, esto es, el aspecto negativo del principio en análisis.²⁸⁴

“Artículo 11. Principio de igualdad entre las partes. Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.”

El principio de igualdad ante la ley, es condición necesaria para respetar la igualdad entre las partes. Los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han señalado respecto de la igualdad de armas, como también se le conoce a este principio, que: “...supone la existencia de un mandato según el cual, cada parte

²⁸⁴ Vid. SÁNCHEZ DUQUE, Luz María y UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en Steiner, Christian & Uribe, Patricia (Coordinadores), Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada, 1ª Edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 580

del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra...”.²⁸⁵

“Artículo 12. Principio de juicio previo y debido proceso. Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.”

Está directamente relacionado con las garantías previstas en los artículos 13 y 14, segundo párrafo, de la Constitución General, esto es, la prohibición de tribunales especiales, así como el principio de no retroactividad de la Ley. Además, en un procedimiento es condición necesaria que el juez natural dicte una resolución, debidamente fundada en ley previa al hecho que se atribuye, en que motive la causa del acto privativo (sea una medida de seguridad o una pena) para que este proceda.

Por lo que respecta al debido proceso, es referente el artículo 20 constitucional porque prevé los principios y derechos relativos a la

²⁸⁵ Cfr. Décima Época; Primera Sala; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 20, julio de 2015, Tomo I; Contradicción de Tesis 240/2014; p. 606; párrafo 28 de la ejecutoria. La materia de la contradicción consistió en dilucidar si era jurídicamente posible que, invocando el principio *pro persona*, se supliera la queja deficiente a favor de la víctima u ofendido en el recurso de revisión, aun cuando no haya sido parte quejosa o adherente en el juicio de amparo, y aun cuando el artículo 79, fracción III, inciso b), de la Ley de Amparo, no contemple ese supuesto. Décima Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro X, julio de 2012; Tomo 3; Tesis: I.15o.A.2 K (10a.) de rubro “PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN E IGUALDAD DE ARMAS PREVISTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. RIGEN EL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”; p. 2035.

inmediación, concentración, publicidad, contradicción, imparcialidad del juzgador, presunción de inocencia, exclusión de prueba ilícita, no autoincriminación, defensa adecuada y técnica, derecho a ofrecer y desahogar pruebas, y a ser juzgado en un plazo razonable. Debe resaltarse el hecho de que estas garantías están protegidas incluso antes del inicio del procedimiento ante el Juez de Control, tal y como se expresa en la fracción X del apartado A del propio artículo 20.²⁸⁶

“Artículo 13. Principio de presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento,

²⁸⁶ Cfr. Jurisprudencia, Primera Sala de nuestro más alto tribunal ha interpretado este principio, en la tesis de rubro y texto siguiente: “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.”, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas, independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.”

mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.”

Este principio deriva de lo dispuesto en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción V y apartado B fracción I, en relación con la fracción VI del apartado A del artículo 102 constitucional, donde se establece que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora. La fórmula se repite en la fracción I del artículo 113 del propio Código Nacional de Procedimientos Penales.²⁸⁷

“Artículo 14. Principio de prohibición de doble enjuiciamiento. La persona condenada, absuelta o cuyo proceso haya sido sobreseído, no podrá ser sometida a otro proceso penal por los mismos hechos.”

Se trata de un principio de explorado derecho en los sistemas liberales que salvaguarda la seguridad jurídica de los gobernados, mejor conocido por el aforismo latino “Non Bis In Idem, el cual ya se encontraba vigente en nuestro sistema jurídico desde la Carta Magna de 1857. El artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (que no ha sufrido cambio alguno desde que entró en vigor en 1917) prescribe, en su parte conducente, que “...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.” No obstante, el legislador decidió reafirmarlo en su espíritu, reformulando con ello su redacción, esto es, interpretando que con “el mismo delito” en realidad se quiere decir “los mismos hechos” materiales, independientemente de la clasificación típica que de ellos se efectúe. Asimismo, incluye en la prohibición los procesos sobreseídos,

²⁸⁷ Vid. Martínez Cisneros, Germán, La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal. En Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 26, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2008, pp. 227-265.

ya que dicha determinación del juzgador se considera equivalente al dictado de una sentencia absolutoria.²⁸⁸

El principio rechaza, por tanto, la posibilidad de que un mismo hecho delictivo pueda dar lugar a más de una pena. Es el artículo 18 en relación con el 64 del código sustantivo federal de la materia, el que dispone que los hechos susceptibles de ser castigados con arreglo a dos o más preceptos se castiguen sólo por uno de ellos, de conformidad a las reglas del concurso de delitos que el mismo cuerpo normativo establece.

La determinación de, en qué casos estamos ante uno o más hechos y ante uno o más fundamentos, corresponde a la teoría del concurso de infracciones.²⁸⁹ Al margen de lo ya expuesto, en términos generales, se prohíbe castigar más de una vez el mismo hecho, esto es, aplicar varias normas que se refieran a una identidad de sujeto, hecho y fundamento.

3.4 PRINCIPIOS LEGALES.

Es importante destacar que el Código Penal para el Distrito Federal, contempla los siguientes principios de Derecho Penal:

“LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO PRELIMINAR DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES ARTÍCULO 1

(Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando

²⁸⁸ Vid. MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, “Non bis in ídem”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Edición Histórica, México, 2004, pp. 2611-2612

²⁸⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 151.

concurran los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.

ARTÍCULO 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna. La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.

ARTÍCULO 3 (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente.

ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.

ARTÍCULO 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste. Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse.

ARTÍCULO 6 (Principio de la jurisdiccionalidad). Sólo podrán imponerse pena o medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos.

TÍTULO PRIMERO LA LEY PENAL

CAPÍTULO I APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY

ARTÍCULO 7 (Principio de territorialidad). Este Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos del fuero común que se cometan en su territorio.

ARTÍCULO 8 (Principio de aplicación extraterritorial de la ley penal). Este Código se aplicará, asimismo, por los delitos cometidos en alguna entidad federativa, cuando: I. Produzcan efectos dentro del territorio del Distrito Federal; o II. Sean permanentes o continuados y se sigan cometiendo en el territorio del Distrito Federal.

ARTÍCULO 8 BIS (Competencia por razón de seguridad). Este Código se aplicará para los casos previstos en el artículo 22 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

CAPÍTULO II APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY

ARTÍCULO 9 (Validez temporal). Es aplicable la ley penal vigente en el momento de la realización del hecho punible.

ARTÍCULO 10 (Principio de ley más favorable). Cuando entre la comisión del delito y la extinción de la pena o medida de seguridad correspondientes, entrare en vigor otra ley aplicable al caso, se estará a lo dispuesto en la ley más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo o haya conocido del procedimiento penal, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado y la reforma disminuya la penalidad, se estará a la ley más favorable.

ARTÍCULO 11 (Momento y lugar del delito). El momento y el lugar de realización del delito son aquellos en que se concretan los elementos de su descripción legal.

CAPÍTULO III APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY

ARTÍCULO 12 (Validez personal y edad penal). Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.

CAPÍTULO IV CONCURSO APARENTE DE NORMAS

ARTÍCULO 13 (Principio de especialidad, consunción y subsidiariedad). Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones: I. La especial prevalecerá sobre la general; II. La de mayor protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance; o III. La principal excluirá a la subsidiaria.

CAPÍTULO V LEYES ESPECIALES

ARTÍCULO 14 (Aplicación subsidiaria del Código Penal). Cuando se cometa un delito no previsto por este ordenamiento, pero sí en una ley especial del Distrito Federal, se aplicará esta última, y sólo en lo no previsto por la misma se aplicarán las disposiciones de este Código.²⁹⁰

3.4.1 LEGALIDAD.

Este es un principio clásico del Derecho Penal. Este principio pretende garantizar la seguridad jurídica de las personas, de tal forma que se sepa con antelación a los hechos qué conductas están prohibidas, cuáles son las penas y quiénes son las autoridades encargadas de imponerlas.²⁹¹ Se atenta contra este principio cuando se dictan tipos penales abiertos o, en regímenes autoritarios, se crean jueces especiales, se eliminan los procedimientos democráticos y establecen penas mediante reglamentos o decretos. También se vulnera el principio de legalidad cuando se delega a una agencia del Estado que no es el parlamento la definición del tipo penal.

Así, la legalidad se erige como una garantía que se conforma de tres postulados: a) la conducta delictiva solo puede estar descrita en la ley, b) irretroactividad la ley, y c) solo se puede imponer la sanción dentro de los límites previstos en la ley.

En consecuencia, el mandato de legalidad implica no solo la descripción de las conductas delictivas en la ley penal, sino también la claridad de su descripción para que el ciudadano tenga certeza sobre los

²⁹⁰ Cfr. Código Penal para el Distrito Federal 2017.

²⁹¹ Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 3, número 8, mayo-agosto 1983, p. 10; RUIZ ROBLEDO, Agustín, "El derecho fundamental a la legalidad punitiva", Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 111 y 205; y HUERTA TOCILDO, Susana, "El derecho fundamental a la legalidad penal", Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 13, número 39, septiembre- diciembre 1993, p. 108.

comportamientos prohibidos por cuya comisión podría ser sancionado penalmente, lo cual, a su vez, impide al Estado la imposición arbitraria de penas.²⁹²

3.4.2 PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA, ANALÓGICA Y POR MAYORÍA DE RAZÓN.

Aunque el texto del artículo 14 de la CPEUM no dice expresamente que solo las conductas pueden ser consideradas como delitos, ello sí está contemplado tal cual en el párrafo 4o. del artículo 18 referente a la justicia para adolescentes, al establecer:

“Artículo 18...La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.”

Así, al referirse el texto constitucional a la conducta tipificada como delito, restringe este a la exclusiva descripción legal de acciones u omisiones, cuyas consecuencias serán distintas para los adolescentes (medidas) que para los mayores de edad (penas).

Se prohíbe la retroactividad de normas penales que incriminan nuevas conductas, amplían la materia de prohibición, agravan la pena y/o

²⁹² *Idem.*

introducen nuevas consecuencias jurídicas más graves. Solo está permitida la retroactividad de la ley penal cuando beneficia al procesado.

La analogía se presenta cuando el juez conoce de un caso no previsto en la ley pero muy semejante a otro que sí lo está, por lo cual utiliza la misma norma para resolver el primero bajo el razonamiento: “donde hay la misma razón legal debe existir igual disposición de derecho”,²⁹³ con lo cual se aplicaría una norma penal a un hecho que no le corresponde y con ello se violaría el mandato de legalidad, de ahí su prohibición.

Sin embargo, la analogía *in bonam partem* sí está permitida, y ello queda reafirmado con el reconocimiento del principio *pro homine* o pro persona del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual implica una interpretación de la norma penal que logre la protección más amplia de los derechos humanos del probable responsable, pero sin dejar de proteger a la víctima.²⁹⁴

3.4.3 PROHIBICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

La interpretación sistemática de las normas supremas constitucionales y de instrumentos internacionales nos permite sostener la existencia de un mandato por el cual solo las conductas de acción o de omisión pueden ser descritas en la ley como delitos, quedando prohibida la sanción penal por simples situaciones o circunstancias del autor.²⁹⁵

²⁹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Dogmatica_juridica.

²⁹⁴ Álvarez García, Francisco Javier, “Introducción a la teoría jurídica del delito”, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, p. 28.

²⁹⁵ Cabe decir que la doctrina mayoritaria clasifica a este principio como una derivación del principio de culpabilidad. No obstante, si el dolo, se ubica en el tipo, entonces debe hacerse referencia a este principio dentro del principio de conducta incriminada. Lo ubican dentro del principio de culpabilidad, entre otros: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.*, “Curso de derecho penal (parte general, acorde con el nuevo Código Penal de 1995)”, Barcelona, Cedes,

3.4.4 PRINCIPIO DEL BIEN JURÍDICO Y DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

La protección de bienes fundamentales para la sociedad se considera como uno de los principios fundamentales del derecho penal en un Estado Social y de derecho, lo cual dejó de ser una pura cuestión doctrinal²⁹⁶ y pasó a ser reconocido expresamente en algunos códigos penales locales, como los de Chihuahua y el Distrito Federal.²⁹⁷ Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la interrelación de las normas constitucionales nos permite sostener que hay un verdadero mandato que obliga al legislador penal a expedir leyes penales sí y solo si protegen bienes fundamentales para la sociedad, es decir, la descripción de los delitos solo se justifica cuando las conductas lesionan o cuando menos ponen en peligro bienes jurídicos tutelados. Así, en una sociedad tan plural como la mexicana, solo alcanzará la calidad de bien fundamental aquello que la mayoría de sus integrantes

1996, pp. 58 y 60; RUIZ VADILLO, Enrique, “Desviaciones al principio ‘no hay pena sin culpabilidad en el Código Penal español’”, en Estudios penales, homenaje al prof. Julián Pereda en su 75o. aniversario, Bilbao, España, Universidad de Deusto, 1965, pp. 671, 673-680.

²⁹⁶ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Bien jurídico y Constitución”, Madrid, Dykinson-Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Cuadernos de Política Criminal, núm. 43, 1991, pp. 18 y ss.; TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, t. 43, fasc/mes 1, 1990, pp. 14 y ss.; Cuello Contreras, *op. cit.*, p. 128.

²⁹⁷ Así, el Código Penal para el Distrito Federal dispone: “Artículo 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal”, en tanto que el Código Penal de Chihuahua establece: “Artículo 4. Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material. Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal”.

consideran como muy importante o imprescindible para el desarrollo particular y social.²⁹⁸

De esta guisa, la actuación del Estado deberá orientarse hacia la protección de los bienes fundamentales para la sociedad a través de medidas económicas, administrativas, sociales y jurídicas; dentro de estas últimas estará la descripción como delitos de las conductas que lesionan o ponen en grave peligro a dichos bienes fundamentales, por las cuales también deberá preverse una sanción penal.

En esta tesitura, el bien fundamental para la sociedad alcanza el rango de jurídico tutelado cuando se describe en la ley penal la conducta que lo lesiona o lo pone en peligro y dispone una pena o medida a imponer a quien la realiza.²⁹⁹

Existen bienes fundamentales cuya valía ha sido reconocida por todas las sociedades a lo largo de la historia, tales como la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad, etcétera, y su importancia se ve reflejada en la pena a imponer a quienes los lesionan, por lo cual, la sanción deberá ser proporcional a la jerarquía de los bienes (artículo 22, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), ya que sería contradictorio sancionar más gravemente un delito contra el patrimonio que uno contra la vida.

La valía de los bienes es dinámico y puede cambiar de acuerdo con el tiempo y las circunstancias; por todo lo anterior, en la interpretación y aplicación del derecho penal sustantivo será indispensable identificar el

²⁹⁸ Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, trad. de Claudia López Díaz, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, esp. p. 67; Polaino Navarrete, Miguel, “El bien jurídico en el derecho penal”, Sevilla, España, Universidad de Sevilla, 1974, esp. pp. 28 y 29.

²⁹⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, España, Comares, 1997, p. 190; Fernández, Gonzalo D., “Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática”, Montevideo, B de F, 2004, p. 418

bien jurídico tutelado, su jerarquía y su correspondencia con la sanción prevista, todo lo cual debe ajustarse a los mandatos de las normas supremas.

3.4.5 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Mientras la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere, además, la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor.³⁰⁰ También, debemos recordar que la culpabilidad relevante para el Derecho Penal es la que reúne la perspectiva jurídica, mas no desde el punto de vista moral, es decir, no interesará la circunstancia de que una persona cuente con la posibilidad de desarrollar un sentimiento de culpabilidad, sino del reproche dirigido en su contra por el comportamiento desplegado.

La culpabilidad jurídica tiene tal carácter en virtud de que se mide con arreglo a fórmulas jurídicas, así como por la circunstancia de que ha de ser constatada públicamente ante la instancia de un órgano jurisdiccional, con sujeción a un procedimiento jurídico, a distinción de la culpabilidad moral, la cual sólo existe y se sujeta a las reglas de la propia conciencia.

En este orden de ideas, en el primer nivel de análisis constatamos a través de los sentidos la existencia de un hecho y realizaremos una labor de abstracción para determinar si los indicios o circunstancias que lo rodean nos llevan a sospechar o deducir que ello está previsto como delito en la ley. En caso afirmativo, pasaremos al análisis para determinar quién o quiénes lo cometieron y será durante el proceso

³⁰⁰ Vid. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, “Teoría del Delito”, México, UNAM, 2004, pp. 157.

penal cuando se compruebe plenamente su responsabilidad para poderlos condenar.

Es imprescindible utilizar la teoría del delito, pues, como hemos visto en el apartado anterior, dicha teoría nos proporciona un sistema de análisis para ordenar e interpretar las normas penales sustantivas para determinar si la conducta desplegada por el sujeto es o no constitutiva de delito. Pero la responsabilidad penal es una cuestión de carácter procesal que se determinará en la resolución del juez.

Por tanto hay que diferenciar el derecho penal sustantivo del procesal, pues en el primero se analiza si el hecho corresponde a la conducta-típica, antijurídica y culpable constitutiva de delito, mientras que en el segundo se establecen los sujetos, requisitos y formalidades necesarias para sustentar la responsabilidad penal del condenado. Por ende, el primero sirve de guía para establecer lo que se busca, mientras que en el segundo se contemplan las reglas para saber cómo hacerlo. Si tenemos presente esa diferencia entre el *qué* y el *cómo*, podremos tener mejores expectativas de éxito tanto en el análisis como en su comprobación.

Conforme a lo antes dicho, existen hechos que no son considerados como delitos, otros en los cuales los indicios nos hacen considerar que lo son, pero puede suceder que no encontramos a un probable responsable o habiéndolo encontrado, al analizar su conducta con la teoría del delito, podamos llegar a la conclusión que no cometió dicho delito, por lo cual debe ser absuelto, o bien, que la teoría del delito nos indica que sí cometió el delito, pero por fallas procesales, sobre todo de prueba, nos impidan sustentar su responsabilidad penal, de manera que también deberá ser absuelto, y solo en el caso de que la teoría del delito nos confirme la comisión del delito y ello se pueda sustentar conforme a las normas constitucionales y procesales, será entonces

cuando podamos exigir al juez que dicte una sentencia condenatoria en la que confirme la responsabilidad penal del acusado y la pena a imponerle.³⁰¹

Es necesario enfatizar que la teoría del delito sirve para analizar conforme al derecho penal sustantivo si la conducta del sujeto es o no constitutiva de un delito y que corresponde al derecho procesal penal el establecer las reglas para investigar y enjuiciar al sujeto para fincar su responsabilidad penal.

Por lo cual, aunque la teoría del delito nos indique que el sujeto cometió el delito, ello tendrá que ajustarse a las reglas procesales para poder ofrecer pruebas plenas que permitan acusar y condenar al responsable del delito. En otras palabras, la teoría del delito solo nos orienta sobre lo que debemos probar, y el derecho procesal nos indica cómo lo debemos hacer, para lo cual establecerá principios y reglas sobre los actores, requisitos y formalidades para sustentar la responsabilidad.

3.4.6 PRINCIPIO DE LA JURISDICCIONALIDAD.

Se plantea como límite formal a la ley penal, es decir, como límite a la potestad punitiva del Estado, aparece configurada por la garantía de jurisdiccionalidad o del debido juicio legal, que rige a la legislación penal, implicando básicamente al derecho penal procesal que señala el marco jurídico al que se debe sujetar el procedimiento penal, como límite de la potestad punitiva del Estado.³⁰²

³⁰¹ Vid. DÍAZ-ARANDA, Enrique, “Lecciones de Derecho Penal (para el nuevo sistema de justicia de México)”, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Straf, 2014, pp.15-30.

³⁰² Vid. DONDE MATUTE, Francisco Javier, “Cooperación Internacional en Materia Penal”, México, UNAM, 2018, pp. 1-18.

Aparece este ámbito limitativo del *ius puniendi* recogido en el principio: *Nulla poena sine iudicio*, que precisamente significa que no hay pena sin el debido juicio legal o garantía de jurisdiccionalidad. En su amplio contenido abarca a todas aquellas disposiciones legales, generalmente recogidas a partir de un fundamento constitucional, en la ley procesal penal secundaria que obligan a que la imposición de la pena a una persona, por el delito cometido, sea consecuencia de un cierto procedimiento que permita verificar y constatar que el hecho de que se trate sea atribuible a un cierto tipo penal que prevenga una pena y que se acredite la responsabilidad del autor, aspecto del cual deriva la posibilidad de declarar el juicio de culpabilidad en contra.

Este procedimiento de verificación requiere formalidades esenciales del procedimiento que se previenen con garantía constitucional y que las mismas sean actuadas por funcionarios judiciales que estén legitimados en el ejercicio de su función que tenga jurisdicción y sean competentes para conocer de los casos y, sobre tales bases, cumplir su función dentro del cause estricto, previsto en los procedimientos señalados en la ley, dentro de los términos y plazos legalmente señalados, so pena de incurrir en responsabilidad oficial o incluso en responsabilidad penal.

3.4.7 PRINCIPIO DE APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL.

Implica la posibilidad de aplicar la ley penal del país en cualquier país, por el delito cometido en cualquier lugar, sea nacional o extranjero, y cometido en contra de cualquier persona, sea nacional o extranjera, en la idea de que el hecho estimado como delito, implica una violación al orden jurídico internacional, además de ser lesivo al orden jurídico nacional en que ocurren los hechos; implica la afectación de bienes

jurídicos protegidos que aparecen reconocidos como tales en todo en ámbito mundial y, por lo mismo, en todos los Estados lo reconocen y lo convalidan individual y conjuntamente.³⁰³ Las características de este principio son las siguientes:

- El sujeto activo puede ser nacional o extranjero.
- El sujeto pasivo puede ser nacional o extranjero.
- El delito puede ser cometido en cualquier país.
- La ley aplicable resulta ser la del país en donde se encuentre físicamente la persona o la de cualquier otro país.

En resumen, el hecho considerado como delito, tiene que ser considerado como delito por el país que aplica el principio de la universalidad; no es necesario que el delito se hubiera cometido en el país que aplica el derecho, pudieran aplicarlo por el hecho cometido en otro lugar y sin necesidad de que se trate de un nacional o de que se aplique el principio específico de defensa; la figura del delito se considera como delito en el ámbito universal y, por lo mismo, es perseguido por todos los países, de manera universal.

3.4.8 COMPETENCIA POR RAZÓN DE SEGURIDAD.

Regula la competencia de excepción al principio de jurisdicción territorial, la cual se refiere a la posibilidad de que un Juez diverso al del lugar de la comisión del delito o al que resultare competente conforme a las reglas señaladas en los artículos 20 y 21 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pueda conocer del procedimiento seguido en contra de un imputado, siempre y cuando el proceso no se pueda llevar a cabo ante el órgano que ejerza jurisdicción en el lugar en que se

³⁰³ *Idem.*

ejecutó el ilícito con motivo de: a) las características del hecho investigado, b) por razones de seguridad en las prisiones, o c) por otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso.³⁰⁴ En el entendido de que no es necesario que se actualicen los tres supuestos antes precisados para que se surta la competencia de excepción, basta con que se actualice una de esas condiciones para que un juez federal distinto al del lugar de los hechos conozca de un asunto.

En realidad, esta hipótesis normativa es prácticamente la misma que la prevista en el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, de ahí que la interpretación que se haya realizado a ese dispositivo es igualmente aplicable.

Este precepto constituye el fundamento para distribuir el trabajo de los Jueces y Magistrados del país, tanto federales como locales, el principio general es que conocerán de los asuntos que acontezcan en el lugar que les designaron para juzgar, en el caso de la federación corresponde al Consejo de la Judicatura Federal establecer la competencia territorial de los jueces y magistrados federales, por lo que existen acuerdos generales que dividieron el territorio nacional en circuitos judiciales y conforme a ello es la distribución de los asuntos; las diversas fracciones prevén hipótesis que ya son de explorado derecho porque prácticamente son las mismas reglas de competencia que se han aplicado e interpretado en nuestro país durante muchos años son similares a las previstas en los códigos de procedimientos penales de las diversas entidades federativas así como del código federal de procedimientos penales, lo novedoso es que en una sola disposición se pretende por parte del legislador armonizar la competencia de delitos del fuero común con los delitos federales.

³⁰⁴ *Vid.* PÉREZ DAZA, Alfonso, “Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio”, México, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 108-119.

El sistema de competencia en materia penal está claro, para determinar cuándo conocen los tribunales federales debe analizarse el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en donde taxativamente se prevén los supuestos que justifican el conocimiento de los jueces y magistrados federales, de no adecuarse al caso en alguna de esas hipótesis entonces por exclusión conocerán los juzgados locales, sin embargo, con esas reglas no se justificaba la competencia de la Procuraduría General de la República y por ende de los juzgados federales tratándose de los homicidios u otros delitos cometidos en contra de los periodistas, generalmente la competencia resultaba del fuero común y no había forma legal de que la federación los investigara, fue prácticamente la presión de los medios de comunicación y de la sociedad en general la que motivo que se legislara.

3.4.9 VALIDEZ TEMPORAL.

Se aplica a todos los delitos ejecutados desde la fecha en que entran en vigor y no a los realizados con anterioridad, por lo que por lo general se aplica sólo a los casos presentes y por venir hasta que pierda su vigencia.³⁰⁵

Como principio tenemos la irretroactividad de las leyes penales, las conductas delictivas serán sancionadas por la ley penal vigente al momento de ser cometidas. En algunos casos si posteriormente a la ejecución de un delito la ley penal sufre una reforma o surge una nueva ley, es posible que se aplique a los hechos anteriores, siempre que beneficie al indiciado o procesado.

³⁰⁵ Vid. LÓPEZ BETANCOURT, “Introducción al Derecho Penal”, 5ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1997, pp. 90-93.

Esta variante de los ámbitos de validez de las normas, está vinculada a la pregunta ¿cuándo es aplicable la norma penal? Lo común sería responder, que lo será durante el lapso de tiempo que se encuentre en vigencia, o sea, desde el inicio de la vigencia hasta que deje de tenerla, siendo este el momento que técnicamente se le ha dado el nombre de “derogación”. De acuerdo a este tipo de ámbito de validez de la norma penal, está se clasifica de la manera siguiente: a) De vigencia indeterminada: no establece fecha para su culminación, por ejemplo: código civil, código penal, constitución. b) De vigencia determinada: Cuando se tiene señalado el término de su duración, por ejemplo: la ley habilitante, la ley de inamovilidad laboral.

3.4.10 PRINCIPIO DE LEY MÁS FAVORABLE (FAVOR REI O IN DUBIO PRO REO).

El “*Favor Rei*”³⁰⁶ es un principio general, universal e ilimitado a favor del reo, del justiciable, que abarca o subsume al principio “*Ne Bis In Idem*” y a la cosa juzgada.

Ahora bien, el principio de favorabilidad (*Favor Rei*) denominado también principio “*Pro Reo*”, protege al imputado en caso de conflicto de leyes, se materializa a través de la aplicación de lo más favorable al imputado. La ley penal tiene fuerza y efecto retroactivos cuando favorece al reo, en virtud de ello el “*Favor Rei*” se manifiesta al señalar que en caso la ley vigente al momento de la comisión del delito y la vigente durante el juzgamiento y sentencia no sea la misma, es decir cuando exista tránsito de legislación respecto a un tipo penal determinado, se debe aplicar la ley menos grave al imputado.

³⁰⁶ Cfr. <http://tussolucioneslegales.webnode.com.ve/news/el-favor-rei/>

El principio de "*In Dubio Pro Reo*" tiene como objeto la defensa de la libertad frente a la parcialización que pueda asumir el aparato penal en la persecución de sus fines, explícitos u ocultos. Y en virtud de este principio que la condena sólo puede fundarse en la certeza y verdad de lo establecido durante el proceso, de tal manera que si sobreviene alguna duda necesariamente deberá absolverse al acusado.

En suma, el principio de *In dubio pro reo* debe imperar en todas las situaciones en que lo exijan el derecho de defensa o la tutela de las garantías procesales establecidas por la Constitución y las leyes. De los tres grados de conocimientos que admite el proceso penal en la valoración de la prueba: certeza, probabilidad y duda, el Juez sólo debe basar su fallo en la certeza, pues los otros dos no tienen la fuerza que permite aplicar una condena al imputado, además que se atentaría contra el principio de presunción de inocencia. La vinculación del "*In Dubio Pro Reo*" con el principio de "Presunción de Inocencia" se sustenta en que éste garantiza al procesado a tenérsele como inocente mientras su culpabilidad permanezca en duda o incertidumbre. Así, ante el problema de incertidumbre, que puede derivarse de la inexistencia de pruebas sobre la culpabilidad o de la incertidumbre subjetiva del juzgador, el "*In Dubio Pro Reo*" presenta una respuesta sólo al segundo de ellos (decisión favorable al inculpado: absolución), mientras que el principio de "Presunción de Inocencia" absuelve en ambos casos.

Luigi Ferrajoli, en su obra "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal (cuarta edición, 2000), al hacer un análisis del principio "Favor Rei", establece: "...el principio Favor Rei del que la máxima *In Dubio Pro Reo* es corolario...sino que es incluso una condición necesaria para

integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal...”.³⁰⁷

En este orden de ideas, siguiendo a Ferrajoli, es oportuno incluir para este estudio, sobre la base del criterio sustentado, respecto a la duda o incertidumbre en la aplicación de las normas, que:

“...La incertidumbre puede ser de dos tipos: de hecho y de derecho...los dos tipos de certeza o incertidumbre son independientes entre sí, en el sentido que se puede dar certeza de hecho, sin ninguna certeza de derecho y viceversa...Incertidumbre de hecho y de derecho provienen en realidad de causas distintas...La incertidumbre de derecho: depende de la igual opinabilidad de las varias calificaciones jurídicas posibles del hecho considerado probado. La incertidumbre de hecho: depende de la igual plausibilidad probatoria de las varias hipótesis explicativas del material probatorio recogido...La primera señala un defecto de estricta legalidad, esto es la debilidad o carencia de las garantías penales que permiten la decibilidad de la verdad jurídica. La segunda, señala un defecto de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, la debilidad o carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica... Ambas soluciones expresan poder de interpretación o de verificación jurídica cuando las incertidumbres resueltas son de derecho, y poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica cuando las incertidumbres resueltas son de hecho...”.

3.4.11 MOMENTO Y LUGAR DEL DELITO.

³⁰⁷ Vid. FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Estructuras y Procesos”; México, Trotta, 2011, pp. 1024.

La aplicación de la ley penal en el espacio, vincula derecho interno con el derecho internacional tanto público como privado.³⁰⁸

En el campo penal presenta algunas peculiaridades relacionadas precisamente con la materia de que se trata, que hacen conveniente su tratamiento como un tema específico del estudio del derecho penal. Igualmente salta a la vista que su contenido guarda sobre todo relevancia de carácter procesal, por ser el ámbito propio de la aplicación de la ley, lo cual no significa que se demerite su importancia también sustantiva, en tanto que limiten ámbito de validez espacial de la ley penal.

Como criterio básico rige el principio general de que la ley penal se aplica dentro del espacio territorial en que ejerce su soberanía el propio Estado.

Consiste en la aplicación de la ley del Estado, en relación a todos los delitos cometidos dentro del espacio que aparece reconocido como parte del territorio nacional, es decir, espacio territorial sujeto a la soberanía del estado. Evidentemente, es el principio general básico en aplicación de la ley de un país y, naturalmente, lo es también en la aplicación de la ley penal mexicana. Su entendimiento conlleva la necesidad de precisar el concepto "territorio del estado", en relación con la comisión de delitos.

Características del principio de territorialidad:

- 1.- El delito debe ser cometido dentro del territorio nacional.
- 2.- El sujeto activo puede ser nacional o extranjero.
- 3.- El sujeto pasivo puede ser nacional o extranjero.
- 4.- La ley aplicable es la del estado en donde se ha cometido delito, es decir, el estado que ejerce su soberanía sobre territorio.

³⁰⁸ Vid. LÓPEZ BETANCOURT, "Introducción al Derecho Penal", 5ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1997, pp. 82-89.

Por territorios se entiende el espacio terrestre, en suelo y el subsuelo; el espacio marítimo, integrado por la superficie marina, en fondo marítimo y el subsuelo marino; espacio aéreo y espacio ficticio, que se refiere a las cosas y objetos que se estiman como parte del territorio nacional, entre estas, particularmente la presencia de las naves y aeronaves quienes consideran como prolongación del espacio y del territorio mexicano y sobre los cuales el Estado ejerce su soberanía.

3.4.12 VALIDEZ PERSONAL Y EDAD PENAL.

Los ámbitos de validez personal de la norma penal, determina los alcances y límites de la ley penal. En este aspecto, la validez de la ley penal atiende a la persona a quien va dirigida, o a quienes son los sujetos a los que se les aplicara la ley penal en caso de ser encontrados culpables de la comisión de algún delito; por supuesto, parte del principio de igualdad de todos los hombres ante la ley.³⁰⁹

Es así, que ante el caso particular y concreto, lo primero que hay que determinar es cuál norma jurídica penal es aplicable. Esto hacer referencia a los que se conoce como “ámbito material de validez”. Una vez determinada la norma, el siguiente paso es precisar desde qué momento y hasta cuándo está vigente la norma. Esto implica lo que se conoce como “ámbito temporal de validez”.

Determinado el ámbito material y temporal de validez, el siguiente paso en la aplicación del de derecho penal al caso particular y concreto, es determinar el “ámbito espacial de validez”, que se refiere a precisar la demarcación geográfica o espacio físico que tiene aplicación la norma. Finalmente, una vez determinados los tres ámbitos de validez de la

³⁰⁹ *Ibidem*, pp.73-81.

norma ya explicado, es procedente saber quién o quiénes son los sujetos a los que se le aplicará la norma penal, en este caso se está hablando del “ámbito personal de validez de la ley penal”. El ámbito personal de validez tiene por objetivo determinar la persona a quién va dirigida; por supuesto, parte del principio de igualdad de todos los hombres frente a la ley.

De esto se infiere, que este ámbito de validez nos dice, que las leyes se aplican sin distinción a todas las personas, capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones, y la pena es dada en relación al delito cometido. Los ámbitos de validez de la norma hay sido una directriz que sirve de criterio para clasificar las normas jurídicas, en el caso del ámbito personal de validez, las normas jurídicas se clasificarán de la manera siguiente: a) Generales o Abstractas: Regulan los comportamientos a que se refieren los elementos de su supuesto de hecho. Pueden ser: *De Derecho General o Común, por ejemplo: La Constitución, Códigos *De Derecho Especial, por ejemplo: la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. b) Individualizadas: Carecen de generalidad, se refieren a casos concretos, por ejemplo: la sentencia, contratos.

Sin soslayar que la edad penal es de 18 años, pero a partir del año 2005, el artículo 18 de la Constitución Federal encamina un novedoso sistema integral de justicia penal, para aquellas personas adolescentes que han cometido una conducta tipificada como delito en nuestro país. Lo anterior ha devenido específicamente de la creación de un sistema integral de justicia penal juvenil en el que la figura del “adolescente en conflicto con la ley penal” se convierte en el eje específico de toda la actuación de la administración y procuración de justicia juvenil en el Estado mexicano, dejando atrás las particularidades del sistema tutelar.

Del análisis al artículo 18 de la carta magna, acaece el establecimiento de una edad de responsabilidad penal que llega al texto constitucional como línea obligatoria para las legislaturas de las entidades de la República mexicana, en donde se establece, desde el poder reformador, que en nuestro país son penalmente responsables los adolescentes que, teniendo 12 años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, han cometido una conducta tipificada como delito; y se crea un sistema integral especializado para imputarles la conducta a través de principios, reglas y derechos particularizados, devenidos los anteriores del derecho internacional de los derechos humanos de la niñez transpolados al sistema constitucional mexicano.

3.4.13 PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, CONSUNCIÓN Y SUBSIDIARIEDAD.

El principio de especialidad refiere que cuando resultan coincidentes dos disposiciones legales, debe aplicarse la especial sobre la general, es decir, "*lex specialis derogat legi generali*".³¹⁰ Para realizar la calificación de una ley en el sentido de especial en general, podemos partir de aquella que contemple todos los elementos del tipo penal, por lo que si la especial cumple con tal requisito y además contempla las agravantes o atenuantes respectivas, entonces ésta prevalece sobre la general.

Las dos disposiciones legales pueden encontrar las siguientes características, haber sido aprobadas el mismo día, tener la mayor jerarquía, pero lo definitivo es que ambas se encuentren vigentes en el momento en que se demanda su aplicación, pues en caso contrario no

³¹⁰ Vid. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, "Teoría del Delito", México, UNAM, 2004, p. 237.

existirá concurso sino que estaríamos ante un problema de vigencia de la ley.

Al respecto, el artículo sexto del Código Penal federal adopta el principio señalado: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicaran éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo.”

Cuando una misma materia aparece regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, aspecto que resulta aún más claro con lo dispuesto en la siguiente resolución:

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. APLICACIÓN DEL.- Para determinar si se está en presencia de un concurso de leyes que debe resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad de la ley, se deben tomar en cuenta dos requisitos; primero, que la conducta realizada por el acusado encuadre en el tipo penal descrito en la ley especial, y segundo, que tanto ésta como la ley general, en sus respectivas disposiciones, contengan los mismos elementos; requisitos que se desprenden de la doctrina sobre el principio de la especialidad que parte del supuesto de que una misma acción caiga bajo la esfera de dos preceptos penales que se excluyen entre sí, por lo que al recoger la ley especial todas las características fundamentales del tipo general y además alguna otra específica, como tener el sujeto activo la calidad de funcionario de una institución de crédito, es lo que determina la aplicación de la ley especial.³¹¹

Por su parte, el principio de subsidiariedad alude a los casos en que una disposición legal tenga el carácter subsidiario respecto de otra, la

³¹¹ *Cfr.* Semanario Judicial de la Federación, Octava época, Tomo XIII, junio, p. 629.

aplicabilidad de ésta, excluye la aplicación de aquélla (*lex primariae derogat legi subsidiariae*). La ley subsidiaria puede ser expresa o tácita, según se contenga en la ley o haya de deducirse de ésta. Una ley puede ser calificada como subsidiaria cuando describe grados diversos de la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico, de tal manera que la descripción incluida en la disposición subsidiaria, por ser menos grave que lo descrito por la principal, se absorbe por ésta.³¹²

Los casos más relevantes de disposiciones subsidiarias los encontramos en la tentativa, la cual sólo resulta punible cuando el tipo penal no se concreta plenamente.

Finalmente el principio de consunción surge cuando el hecho previsto por una ley o por una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que ésta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera (*lex consumen derogat legi consuetae*).³¹³

El criterio para determinar la mayor o menor amplitud de una disposición legal puede derivar del bien jurídico tutelado, sin embargo, se suele distinguir adicionalmente dos criterios de distinción, el delito progresivo y el delito complejo.

El delito progresivo surge cuando el agente pasa de una conducta inicial concretadora de un tipo calificado como grave, en el que se incluyen los elementos constitutivos del delito más leve. Los delitos complejos o compuestos se dan cuando dos o más tipos previstos por otras disposiciones legales se conjuntan como elementos constitutivos de otros, o cuando un tipo se califica por una circunstancia agravante.

³¹² Vid. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, "Teoría del Delito", México, UNAM, 2004, p. 238.

³¹³ *Ibidem*, p. 239.

3.4.14 APLICACIÓN SUBSIDIARIA DEL CÓDIGO PENAL.

Las leyes penales se pueden interrelacionar con otras por cuestión de competencia, materia, aplicación judicial o de ejecución de penas, lo cual genera una relación de coordinación. En algunas ocasiones el legislador penal no puede describir por completo la conducta típica y requiere de normas de menor nivel para completarla. Esto solo será posible cuando el núcleo de la conducta o verbo rector esté previsto en la ley y solo sea complementada por la norma inferior, como sucede con los reglamentos, normas oficiales y normas técnicas.

Los problemas sociales que tienen relevancia jurídica deben ser resueltos de forma que fomenten la cohesión social y que no provoquen daños.³¹⁴ Estos mecanismos de resolución de conflictos pueden ser varios y deben ser identificados. El primero es el de autocomposición, a través del cual los conflictos interpersonales se resuelven por los mismos involucrados, por ejemplo, los típicos conflictos vecinales. El segundo mecanismo es aquel en el que interviene un tercero. Este tercero puede ser un mediador, un árbitro o un juez.

En este orden, el mediador facilita a las partes la búsqueda de una solución; el árbitro, escogido por las partes, resuelve el problema; el juez, designado por el Estado y que goza de la garantía de imparcialidad e independencia, resuelve en base a reglas preestablecidas el conflicto. En la categoría judicial, encontramos la justicia constitucional, civil y penal. Debe preferirse la constitucional a la ordinaria cuando se trata de derechos humanos, la civil a la

³¹⁴ Vid. PALADINES, Jorge, “Periodismo sin garantismo: ¿La reaparición de la picota pública?”, en www.cienciaspenales.net, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, noviembre 2008, p. 15 (visita 3 de diciembre de 2008).

constitucional cuando se trata de litigios que tengan que ver con procedimientos determinados, como el laboral o el de inquilinato.

Finalmente, cuando ninguno de los mecanismos de solución de conflictos sea adecuado, entonces y sólo en esos casos, procede la solución penal. En otras palabras, de acuerdo a estos mecanismos expuestos de manera ejemplificativa y superficial, para llegar a la vía penal debe explorarse, previamente la vía civil, la constitucional, la administrativa, la arbitral, la mediadora, la autocomposición: la vía penal es subsidiaria a seis mecanismos que le anteceden. El legislador tiene la obligación de reforzar estos mecanismos para que resuelvan el problema y si éste no es resoluble por éstos, entonces ahí procede la regulación penal.

Por otra parte, la gravedad e incidencia de ciertos delitos ha llevado al legislador penal mexicano a sacarlos del Código Penal y crear leyes específicas. En otras ocasiones, la descripción de la conducta-típica se encuentra prevista en leyes de naturaleza distinta a la penal. Ello es acorde con el principio de legalidad, siempre y cuando también se trate de leyes de la misma jerarquía de la ley penal. Solo cabe advertir que la interpretación de las conductas-típicas previstas en otras leyes se deberá ajustar a las reglas del libro primero del Código Penal Federal.

3.5 PRINCIPIOS EMANADOS DE LA JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia no es una fuente de creación o conocimiento de la ley penal en sentido estricto, por razón del principio de legalidad. Su presencia sin embargo, en importancia es relevante en el ámbito de la presencia de la ley, para la determinación y precisión de contenido.

3.5.1 REFORMATIUS IN PEIUS.

En otro aspecto conviene señalar las diferencias entre el “*Non Bis In Idem*” y el aforismo latino “*Reformatius In Peius*” (que significa prohibición de empeorar la situación jurídica del recurrente), “Reforma para peor”. La prohibición de la “*Reformatio In Peius*” es la única limitación del juez que conoce de un recurso. Ambos principios son de naturaleza distinta.

El *Reformatius In Peius*,³¹⁵ también es llamado prohibición de la reforma peyorativa, es una tutela constitucional, que dice: “Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”. La prohibición de la reforma peyorativa se encuentra comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva, conectándose con las exigencias derivadas de la prohibición constitucional de la indefensión. De manera que, cuando la posición jurídica del recurrente se ve empeorada merced a su propio recurso, en vez de ser consecuencia de la impugnación de la parte contraria, se introduce un elemento disuasorio de la impugnación de las resoluciones judiciales que es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. La reforma peyorativa es, además, una forma de incongruencia contraria al indicado derecho fundamental, en la medida en que supone una resolución judicial que excede de los límites en los que se ha planteado el recurso.

Este derecho de *Reformatio In Peius*, según la opinión dominante en la doctrina jurídica, “incluye la prohibición de que el órgano judicial *Ad quem* exceda los límites en que esté formulado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste”; y, por tanto, tiene lugar “cuando el

³¹⁵ Vid. PISANI, Mario, “I divieto della "Reformatio in peius. Nel processo penale italiano"”; Italia, Giuffré, 1967, pp. 235.

recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente”, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación.

La interdicción a la “*Reformatio In Peius*” frente al apelante único fue elevada a rango de derecho fundamental; su propósito principal es el de permitir el ejercicio libre del derecho de defensa – que no sería así de mantenerse abierta la posibilidad de que el superior pudiese despachar el recurso no sólo desfavorablemente sino incrementando la pena previamente impuesta al apelante único – y evitar que se dicte un fallo cuya materia desborde las pretensiones impetradas y no dé lugar a que la parte lo conozca y controvierta. El exceso de pena originada en la sentencia del Juzgador purga en la actualidad, si bien pudo tener asidero legal, en la hora presente pugna con la Constitución.

3.5.2 PROHIBICIÓN DE DOBLE VALORACIÓN.

Según el cual no pueden atenderse nuevamente, por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo el señalamiento de conductas por parte del justiciable que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal

del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacer un doble reproche respecto de una misma determinación que en consecuencia resulta ilegal y transgresora del Principio General del Derecho “*Ne Bis In Idem*” consignado en el apotegma “*Non Bis In Idem*”, reconocido por el artículo 23 constitucional.³¹⁶

Pues bien, en lo que ahora interesa, el rechazo de un doble enjuiciamiento de la misma conducta se ha encuadrado por la jurisprudencia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, y se ha concretado en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada.

En el presente caso, el exceso de graduación punitiva, se cuestiona desde dos ángulos distintos aunque complementarios. El primero, se relaciona con el exceso de la condena en sí mismo, en cuanto se ordenó una adición a la pena con base en una causal genérica de agravación establecida en el Código Penal pese a que previamente se

³¹⁶ Cfr. “**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTÍAS.** De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma non bis in idem reconocido por el artículo 23 constitucional.” Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal Y Administrativa del Segundo Circuito. Amparo directo 294/95, 21 de junio de 1995. Amparo directo 306/95, 28 de junio de 1995. Amparo directo 411/95, 12 de julio de 1995. Amparo directo 495/95, 30 de agosto de 1995. Amparo directo 503/95, 30 de agosto de 1995. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 429, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis II.2o.P.A. J/2; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 430. Apéndice 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, Jurisprudencia, Tribunales Colegiados de Circuito, página 456, tesis 571.

había aumentado la pena básica de conformidad con las causales específicas de agravación contempladas. El segundo, se refiere a la prohibición que pesa sobre el superior para acrecentar la pena impuesta al apelante que tenga el carácter de apelante único.

El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*Non Bis In Idem*), consagrado como derecho fundamental en la Constitución expedida con posterioridad a la ejecutoria del fallo objeto de la acción de tutela, sanciona negativamente la hipótesis cuestionada. En efecto, si el Juzgador echa mano de las causales de agravación genéricas el plus de pena deberá aplicarse a la sanción básica y no al monto total de la pena ya agravada merced a una causal específica de agravación, pues, de lo contrario, un mismo hecho se estaría castigando doblemente.

3.5.3 PROPORCIONALIDAD.

En décadas recientes, dada la compleja estructura de los ordenamientos constitucionales y de los conflictos entre sus principios integrantes, la idea de proporcionalidad se ha puesto en relieve como un recurso indispensable para adecuar bienes constitucionalmente promovidos o exigidos y de satisfacción opuesta en un caso concreto, mediante la aplicación del principio del mismo nombre³¹⁷ en su “dimensión constitucional”, cuya paradigma es el examen de la licitud de una medida legislativa en los derechos fundamentales.

³¹⁷ Aunque se han usado varias denominaciones, pero que finalmente traen consigo la idea de una solución materialmente justa a ese conflicto, como: “principio de razonabilidad”, “juicio de ponderación” o similares; el debate de nomine carece de importancia, sobre todo frente al aparente consenso sobre la nomenclatura germana. *Cfr.* CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004, p. 23.

Para lograr un determinado fin, es posible que el legislador reduzca el ámbito de eficacia de un derecho fundamental o bien regule su ejercicio; para calificar la constitucionalidad de sus disposiciones al respecto, se usa el principio de proporcionalidad para examinar si existe una relación “adecuada”, “justa”, entre el objetivo perseguido por el legislador, la medida que impone para realizarlo y el grado en que interviene con ello en la eficacia de un derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad: el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción.

En su fórmula clásica, el principio de proporcionalidad *lato sensu* comprende el examen de tres aspectos que debe satisfacer la medida legislativa para intervenir lícitamente los derechos fundamentales: 1) ser *idónea* para conseguir un fin constitucionalmente legítimo, por tender naturalmente a ello; 2) ser *necesaria* por afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión; y 3) ser *proporcionada en sentido estricto* porque cualitativamente el beneficio que obtiene el fin legislativo promovido por ella es mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental.

El examen los subprincipios integrantes de la proporcionalidad *lato sensu*, en conclusión, sirven para formular una regla precisa cuya hipótesis son las circunstancias del caso concreto, con la consecuencia jurídica de preferirse *condicionadamente* aplicar las consecuencias jurídicas de una de las normas, para que ésta rija el caso en cuestión. La regla preferida para superar a la otra en las condiciones de que se trate, será la *lex specialis* del caso.

Son diversos los argumentos para fundar genéricamente la aplicación del principio de proporcionalidad, pero entre ellos destacan: 1) *la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales* que manda

optimizar su eficacia normativa, entendiéndolos como integrantes de una unidad constitucional –que bien podría tenerse como un aspecto separado, como haremos en esta ocasión–, y 2) las *prohibiciones de arbitrariedad y exceso* inherentes a un Estado constitucional democrático; aunque también, pero muy poco probablemente, alguna disposición textual que imponga su empleo o lo implique inmediatamente.³¹⁸

El principio de proporcionalidad tiene por objeto controlar el ejercicio de facultades discrecionales.³¹⁹ En todos los órdenes en que se aplica, su examen se dirige a establecer si, al elegir alguna alternativa de decisión en los márgenes de actuación que les corresponden, las autoridades no lo hicieron de forma injustificada y por ello su acto resulta arbitrario o excesivo respecto de los fines que persigue y los derechos que afecta; así acontece cuando se controla a través del principio de proporcionalidad el “margen nacional de apreciación” en sede internacional, la libertad de configuración legislativa o el ejercicio de facultades discrecionales administrativas.³²⁰

³¹⁸ Vid. BOROWSKI, Martin, “La estructura de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 129-131; y Pereira Menaut, Antonio-Carlos, “Rule of law o Estado de derecho”, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 75-76.

³¹⁹ Cfr. “FACULTADES DISCRECIONALES Y REGLADAS. DIFERENCIAS”, Segundo Tribunal Colegiado del Decimocuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XVII, febrero de 2003, tesis XIV.2o.44 K, p. 1063.

³²⁰ Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La acción de inconstitucionalidad”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 76.

CAPITULO 4 ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como cuestión previa al estudio y análisis de los argumentos expuestos se estima necesario dilucidar el examen de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional mexicana, para luego abordar la naturaleza del delito de robo y la agravante de cuando el robo se comete respecto de vehículo automotriz, señalada, en el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal.

El principio de proporcionalidad cumple una función indispensable en estos tiempos, para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público. Sencillamente, es un procedimiento que los jueces constitucionales deben ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar su arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la Constitución ni tener poderes ilimitados de los que abuse caprichosamente.

La imagen más simple del control de constitucionalidad de las leyes es la de un juicio en el que se comparan dos normas –ley y constitución– que, en caso de ser detectada una incompatibilidad entre ellas, se resuelve mediante el criterio jerárquico de resolución de antinomias. Pero en la mayoría de los casos esta imagen tan simple no se corresponde con el razonamiento más complejo que debe efectuar el Tribunal Constitucional cuando revisa la constitucionalidad de las leyes. Mayor complejidad que obedece al menos a dos razones: en primer lugar, a la indeterminación de los contenidos materiales de la constitución, la cual dificulta establecer aquello que la Constitución ordena, prohíbe o permite a la luz del supuesto a decidir. En segundo lugar, la complejidad del razonamiento que involucra el juicio de

constitucionalidad de las leyes obedece al hecho de que la propia Constitución suministra orientaciones normativas incompatibles entre sí, pues contiene preceptos susceptibles de entrar en colisión ya sea en abstracto o con ocasión de un caso concreto.³²¹

Para resolver este tipo de colisiones los Tribunales Constitucionales suelen emplear una estructura argumentativa que se conoce como el principio de proporcionalidad, en virtud de la cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.³²²

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales.

Si, como se ha dicho, el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero será verificar la existencia de dicha colisión

³²¹ Vid. MORESO, José Juan. “La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 87.

³²² Vid. Entre la bibliografía reciente sobre el principio de proporcionalidad cabe la pena destacar los trabajos de BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Pamplona, Aranzadi, 2003.

en el caso a decidir. Para ello es preciso, en primer lugar, determinar cuáles son los derechos fundamentales *prima facie* afectados por la ley penal, tanto a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, como mediante la definición de la clase y cuantía de pena establecida en la norma de sanción.

Por su parte, a través de la norma de sanción (prisión), se establece una intervención no sólo la libertad personal, sino en todos los demás derechos que se ven afectados por el régimen de ejecución de la pena de prisión. Adicionalmente, toda sanción penal incorpora una connotación estigmatizante que no suele estar presente en las sanciones que se imponen por conducto de otras normas del ordenamiento, pues las penas son vistas como el castigo que la sociedad reserva a los hechos más graves, y su imposición conlleva un juicio de reproche ético que, desde el punto de vista *iusfundamental*, se traduce en una afectación en el honor de la persona sobre la que recae. El segundo término de la colisión se establece cuando se examina la legitimidad constitucional del fin perseguido con la intervención penal. Para ello es preciso, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo, lo que sólo ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca *prima facie* cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existan normas que operen en el razonamiento como reglas y prohíban la persecución de determinados fines.

Cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el principio de proporcionalidad incorpora las exigencias asociadas al principio de subsidiariedad en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de alternativas al derecho penal, mientras que en

su dimensión interna reclama la búsqueda de penas alternativas. De acuerdo a lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva.

Si tras la comparación con otros medios extra-penales no logra desvirtuarse la necesidad de recurrir al derecho penal, sólo queda por establecer si, dentro del catálogo de medios punitivos, es posible alcanzar el mismo efecto preventivo con una sanción penal menos drástica que la establecida en la norma enjuiciada. En este punto comienza el principio de proporcionalidad y el de prohibición de doble valoración de la norma de sanción, en el cual ya no se trata de buscar alternativas al derecho penal sino tan sólo de explorar la posibilidad de establecer penas alternativas y, en particular, alternativas a la pena de prisión. En dicha búsqueda el Tribunal Constitucional debe orientarse, en lo posible, a contemplar como alternativa una pena menor a la establecida en la propia norma enjuiciada, ya sea que se trate de reducir su cantidad o, en el caso de que estén previstas varias sanciones para el mismo hecho, de optar sólo por una (o algunas) de ellas.

Sólo en segundo término puede plantearse como alternativa una pena distinta a la establecida en la norma enjuiciada, y en tal caso deberá acudir, en su orden, al catálogo de penas establecida por el legislador en la parte general del código penal, a otro tipo de penas previstas en el

derecho comparado y, en última instancia, a aquellas sugeridas por la doctrina o propuestas por las partes que intervienen en el juicio de constitucionalidad.

Por lo que respecta a la comparación entre la pena prevista en la norma enjuiciada y la pena alternativa desde la perspectiva de su idoneidad, cabe señalar que esta última sólo estará en condiciones de sustituir a la sanción prevista por el legislador cuando su contenido aflictivo no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito. Cuando ambas penas están por encima de este umbral, no cabe esperar necesariamente mayor idoneidad de la sanción más grave, como lo ponen de manifiesto los resultados de las investigaciones empíricas que acreditan la escasa o nula eficacia preventiva de los aumentos de penas.³²³

Siendo así, dado que una pena superior a la anteriormente establecida para el mismo delito no necesariamente garantiza mayor idoneidad y sí, por el contrario, mayor lesividad, cabría sostener la inconstitucionalidad, por innecesarias, de las normas que establecen aumentos de penas en aquellos casos en los que no se logre establecer, con base en premisas dotadas de respaldo empírico, una mayor idoneidad preventiva de la nueva pena respecto de la anterior.

El principio de proporcionalidad sirve pues como una herramienta argumentativa orientada a fundamentar los juicios de validez constitucional de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, entre ellas las penales.

Las leyes penales deben ser enjuiciadas teniendo en cuenta los conocimientos existentes al momento de efectuar el juicio de constitucionalidad (perspectiva *ex post*) y no tan sólo a la luz de los

³²³ *Vid.* Un resumen de las cuales ofrece SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo”, Barcelona, Bosch, 1992, p. 244

conocimientos disponibles en el tiempo en que fue aprobada la ley (perspectiva *ex ante*).

La diferencia entre ambas perspectivas adquiere relevancia en los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida, que tienen lugar cuando las estimaciones del legislador acerca de la idoneidad, necesidad o proporcionalidad de la medida adoptada, si bien eran acertadas a la luz de las circunstancias y del estado de los conocimientos existente al momento de aprobar la ley, han dejado de serlo al momento de juzgar su constitucionalidad, debido a un cambio de la realidad social o de la información disponible acerca de dicha realidad.

Cabe señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de leyes penales requiere desarrollar una estructura de argumentación mucho más compleja (pero más completa) y depurada de la que se viene utilizando, en la que simplemente se identifica el juicio de proporcionalidad con la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y del delito. Pero incluso en el marco de una estructura de argumentación más desarrollada, como la que aquí intenté esbozar, se advierten con claridad los límites del control de constitucionalidad de las leyes como instancia fiscalizadora del poder punitivo.

La aplicación del principio de proporcionalidad supone introducir en el control de constitucionalidad de las leyes un gran número de interrogantes sobre los que no existe respuesta definitiva (qué se debe proteger a través del Derecho Penal, cuáles técnicas de tipificación deben emplearse, si las normas penales son instrumento realmente eficaces para la protección de bienes jurídicos, si es posible acudir a instrumentos alternativos), y frente a las cuales la última palabra, en un sistema democrático, se confía al legislador y no al Tribunal Constitucional.

En otro orden de ideas, se aprecia que el artículo 220 del Código Penal Capitalino, contiene el tipo básico de robo, cuyo bien jurídico protegido, lo es la propiedad de bienes muebles, y establece gradualmente las penas atendiendo al monto del objeto.

Se trata de un delito contra las personas en su patrimonio, por aquel que se apodera de un bien mueble, ajeno, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley. Resultando claro que el bien jurídico protegido en dicha figura típica es la propiedad (patrimonio).

El citado artículo 220, del Código Penal capitalino, establece lo que se conoce como tipo básico o fundamental; sin embargo éste se va reconfigurando atendiendo a los diversos supuestos que pueden ocurrir en la comisión de este delito, que lo agravan o califican o bien que sean atenuantes, generándose así lo que en la doctrina han denominado tipos cualificados o privilegiados según aumente o disminuyan la pena prevista; en el caso, el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal establece un aumento en la pena prevista para el tipo fundamental de robo en atención a la lesión o puesta en peligro de diversos bienes jurídicos en los mismos actos con que se actualiza el delito de robo, de ahí que en la reconfiguración que se puede dar a partir de los diversos supuestos que se integran adicionando otros elementos, pero sin formar un nuevo tipo autónomo, se esté en presencia de tipos complementados, circunstanciados o subordinados; ya que subsiste el tipo básico, pero adicionado con otros elementos.³²⁴

³²⁴ *Cfr.* Apoya la anterior consideración, por identidad de razón, el criterio de esta Primera Sala, contenido en la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 25/96, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo IV, Septiembre de 1996, página 39, y en el sistema “IUS” con número de registro: 200393, del rubro y texto siguiente: “ROBO CON VIOLENCIA, ES UN TIPO ESPECIAL CUALIFICADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).- El Código Penal del Estado de México prevé el delito de robo en el artículo 295, y su penalidad de acuerdo al monto de lo robado en el 298. Al aplicar la clasificación doctrinal

Por su parte, el artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal establece que además de las penas que gradualmente y en atención al monto se contemplan en el artículo 220 de dicho cuerpo legal, se impondrá de dos a seis años de prisión cuando el robo recaiga en un vehículo automotriz o parte de éste.

El referido artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal, como puede apreciarse, incrementa las sanciones previstas en el diverso numeral 220, pues se contempla que el delito sea cometido en diversas

del delito en orden al tipo, ese ilícito encuadra en los denominados fundamentales o básicos, caracterizándose porque de ellos se desprenden otras figuras al agregarles nuevos elementos, como acontece con los tipos especiales, que surgen como figuras autónomas con su propia penalidad, ya sea agravada o atenuada en relación al fundamental, lo que les subdivide en cualificados o privilegiados. Corresponden a esta clasificación las hipótesis previstas en el artículo 300 de la ley citada, en la que al delito de robo se añade la circunstancia de que sea perpetrado con violencia; y el segundo párrafo del dispositivo 301 del mismo ordenamiento, que también toma en cuenta ese medio comisivo, cuando el robo se perpetra en casa habitación, aposento, o cualquier dependencia de ella, para fijar penas severas en ambos casos, ya que para el legislador estatal constituye una conducta de enorme gravedad la utilización de ese medio. Los tipos conocidos en la doctrina como complementados, circunstanciados o subordinados, que pueden ser cualificados o privilegiados según aumenten o disminuyan la pena del básico, se integran cuando a la figura fundamental se le adicionan otros elementos, sin que se forme un nuevo tipo autónomo, sino que subsiste el fundamental. Una nota de distinción de estos tipos, consiste en que el legislador precisa las hipótesis en las que a la pena correspondiente a un delito se le puede aumentar otra. A este grupo pertenecen las previsiones de los artículos 301, primer párrafo, 302 y 308 de la ley analizada, ya que en el primero se menciona la pena que puede agregarse al robo cuando se comete en una casa habitación, aposento, o cualquier dependencia de ella. En el artículo 302, primer párrafo, a la pena del robo se le agrega otra sanción, cuando para perpetrarlo se aprovecha la falta de vigilancia o la confusión ocasionados por un siniestro o desorden de cualquier tipo; pero si además, de conformidad con el segundo párrafo, es cometido por elementos pertenecientes a una corporación de auxilio, socorro u organismos similares, se decreta una pena adicional; esto es, que se trata de un tipo complementado doblemente calificado. El precepto 308 del ordenamiento en cita, prevé la pena agravada para el robo simple, de actualizarse cualquiera de las circunstancias a que se refieren sus diversas fracciones. Asimismo, en el Código Penal Federal, el robo calificado con violencia (artículo 367 en relación al 372), es un tipo complementado calificado, de tal manera que a la sanción del robo, se suma la de la calificativa; a diferencia de la regulación para esta hipótesis en el Código Penal del Estado de México, en el que únicamente debe imponerse la pena específica prevista para el robo con violencia, por tratarse de un tipo especial calificado.”Contradicción de tesis 5/94. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo, cuya denominación anterior fue Segundo Tribunal Colegiado, ambos del Segundo Circuito. 19 de enero de 1996. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

circunstancias atendiendo al lugar o situación en la que se encuentre la víctima, la situación temporal del contexto en que se desarrolle la conducta delictiva, la calidad específica o con que se ostente el sujeto activo, o sobre determinados bienes específicos materia del ilícito; es decir, cada una de las agravantes y calificativas y circunstancias especiales del delito de robo simple protegen otros bienes jurídicos diversos además de la propiedad; con excepción de la circunstancia establecida en la fracción VIII del artículo 224, del Código Sustantivo Penal Capitalino.

De tal manera, el tipo previsto en el artículo 220, del Código Penal para el Distrito Federal, protege la propiedad (patrimonio), mientras que el diverso 224, además de ésta, protege diversos bienes jurídicos como lo es la seguridad, la integridad de las personas, el patrimonio de los particulares, o como en el caso concreto, respecto vehículos automotrices y sus partes.

En cuanto a las sanciones previstas en el referido artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal, éstas no son independientes, ni autónomas, toda vez que como lo establece el propio numeral, éstas serán además de las penas previstas en el artículo 220; es decir, la pena que en un caso corresponda por el robo simple de acuerdo con el valor del objeto materia del ilícito será adicionada con la que derive de haberse cometido con alguna o algunas de las agravantes que en el citado numeral 224 se prevén; pues la primera corresponde al tipo básico de robo por el apoderamiento de un bien mueble con ánimo de dominio sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, cuya pena prevista es con base al valor del objeto; siendo adicionada con una pena entre dos y seis años de prisión si se actualiza alguna de las agravantes, calificativas, modalidades o circunstancias especiales que contempla el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora bien, ante la actualización de varias de las diversas agravantes que se contemplan en las nueve fracciones que integran el referido artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal, surge el cuestionamiento formulado, en cuanto a cuál será la forma en que se debe aplicar la sanción de dos a seis años de prisión que se prevé en el párrafo primero de dicho numeral; esto es, si es únicamente una sanción privativa de la libertad que puede establecerse entre dicho término, o por cada una de las agravantes que concurran corresponde determinar una sanción de manera independiente que será adicionada a la de otra u otras agravantes ahí previstas, más la de la comisión del delito de robo simple.

Como se ha señalado, cada una de las agravantes que se prevén en el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, atienden a una cuestión diversa, protegiendo bienes jurídicos diferentes que ocurren y/o coinciden en torno al robo de cosa mueble (con excepción de la fracción VIII respecto a cuándo el robo recaiga sobre un vehículo automotriz); protegiendo determinado tipo específico de bienes muebles, como lo es vehículo automotor.

De ahí, que al versar cada agravante respecto de un bien jurídico protegido diverso, deba considerarse que la pena prevista de dos a seis años de prisión, corresponde a cada una de las probabilidades que pueden ocurrir en la coexistencia de varias de éstas; pues de otro modo, ante la actualización de dos o más de las situaciones previstas en las fracciones del artículo 224, y aplicándose de manera genérica una sola sanción privativa de la libertad entre dos y seis años, se estarían desprotegiendo los bienes jurídicos, careciendo de sanción propia su ataque, daño o puesta en peligro, y sancionando igual actos delictivos en los que concurren pluralidad de bienes jurídicos tutelados.

Por lo anterior, en la aplicación de las sanciones que se prevén en el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, consistentes en dos a seis años de prisión por cada una de las hipótesis que se actualicen, se adicionará a la que corresponda por el delito de robo de entre las previstas en el artículo 220 de dicho cuerpo legal.

En relación a la pena prevista, por el diverso artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal, consistente en prisión de dos a seis años, la cual se incrementará a la prevista en los artículos que le anteceden; esto es, se adicionarán a la que pudiera derivar de la comisión del delito de robo simple previstas en el multicitado artículo 220 del cuerpo normativo en cita, así como las que sean asociadas con motivo de alguna de las actualizaciones de alguna calificativa, agravante, modalidad o circunstancia de las previstas en el referido código punitivo.

De lo anterior, se concluye que la pena prevista en el artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal, consistente en prisión de dos a seis años, corresponden a cada uno de los supuestos que se prevén en las fracciones que integran dichos preceptos, de ahí que puedan concurrir varias calificativas o agravantes contenidas en éstos, y por cada una de ellas será aplicable la sanción prevista, siendo todas las que puedan ocurrir adicionadas a la del tipo fundamental del delito de robo, previstas en el artículo 220 del mismo ordenamiento.

Ahora se analizarán los argumentos tendentes a demostrar que el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal transgrede tanto el principio constitucional “Ne Bis In Idem” que se encuentra subsumido en el “Non Bis In Idem”; así como los principios emanados de la Jurisprudencia como lo son el de “Prohibición de la Doble Valoración” y el de “Proporcionalidad”.

Precisamente a dicha protección legal a los diversos bienes jurídicos que el legislador ha considerado que requieren ser tutelados, se refiere el artículo 4° del Código Penal para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

“Artículo 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.”

De ahí, que si se lesionan o ponen en peligro varios bienes jurídicos tutelados, bajo diversos actos cometidos en un mismo hecho relativo al robo, se consideran cometidas acciones u omisiones delictivas, las cuales de manera alguna pueden quedar impunes o subsumidas bajo una sola figura que atienda a la penalidad más baja por corresponder al tipo básico o fundamental, en el que no se integran agravantes, calificativas, modalidades o circunstancias.

Estimar lo contrario, implicaría una forma de incumplimiento del propio Estado del deber más importante que socialmente le es encomendado, que es la protección y tutela de los derechos de las personas, permitiendo un cúmulo de actos atentatorios de los derechos de la sociedad sin sanción alguna, o bajo sanciones mínimas que no inhiben el alto grado de incidencia de determinados actos ilícitos.

Precisamente, esta alta responsabilidad del Estado, traducida en la obligación de las dependencias y servidores públicos, en el tema que nos ocupa, encuentra su sustento constitucional en los artículos 1° párrafo primero, segundo y tercero, así como 20, apartado A, fracción I, los cuales son del tenor literal siguiente:

“Artículo. 1°.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni

suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”.³²⁵

“Artículo. 20.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A.De los principios generales:

- I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;...”.³²⁶

Así, bajo el imperativo constitucional, el legislador se encuentra obligado a la protección de los bienes y valores jurídicos que en razón de su mandato le exige la sociedad y las condiciones imperantes, buscando el armónico desarrollo y coexistencia de todos los derechos. De tal forma, el legislador del Distrito Federal, ha determinado proteger diversos bienes jurídicos, por su importancia y trascendencia en el orden social, a través del derecho penal tipificando conductas que atenten contra ellos.

En ese orden de ideas, que el párrafo primero del artículo 224, del Código Penal para el Distrito Federal, establezca que además de las penas previstas en el artículo 220 de dicho ordenamiento, se impondrá de dos a seis años de prisión cuando acontezcan alguna o algunas de

³²⁵ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018.

³²⁶ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018.

las figuras previstas en las nueve fracciones que contempla, es claro y lógico que dicha sanción corresponde a cada una de ellas, puesto que en cada fracción se prevé una situación diversa y se protege a través de su penalización en aras de evitar su comisión, el incremento en dichas cuestiones e imponer el castigo respectivo ante su actualización. Se considera conveniente señalar que la pena: a) es un acto coercitivo, esto es, un acto de fuerza efectiva o latente; b) es un acto privativo (de la libertad personal, de la propiedad, por ejemplo); c) debe estar prevista en una ley y ser impuesta por autoridad competente; d) es una reacción del Estado ante una determinada conducta humana considerada como dañina de bienes que la sociedad, a través de la Constitución o de la ley, considera valiosos; e) presupone y debe ser impuesta con relación a la culpabilidad del sujeto; f) debe perseguir, simultáneamente, fines retributivos (se establece en función de la gravedad del delito), de prevención especial (se organiza a partir de la necesidad de resocializar al sujeto) y de prevención general (busca generar un clima de confianza jurídica en la comunidad).

Asimismo, es de puntualizarse que el legislador tiene un amplio margen de libertad configuradora para crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o lleguen a causar en el conglomerado social.

En tal sentido, el legislador penal está facultado para emitir leyes que inciden en los derechos fundamentales de los gobernados (libertad personal, derecho a la propiedad, por ejemplo), estableciendo penas

para salvaguardar diversos bienes —también constitucionales— que la sociedad considera valiosos (vida, salud, integridad física).

Sin embargo, esas facultades inferidas al legislador no son ilimitadas, pues la legislación penal no está exenta de control constitucional, tal como se establece en la jurisprudencia P./J. 130/2007, sustentada por el Pleno este Alto Tribunal, del tenor siguiente:

“GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.-

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.”

Así, de conformidad con el principio de legalidad constitucional, el legislador penal debe actuar de forma medida y no excesiva, al momento de regular las relaciones en ese ámbito, porque su posición como poder constituido dentro del Estado constitucional le impide actuar de forma arbitraria y en exceso de poder.

En este aspecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha precisado que el legislador en materia penal tiene un amplio margen de libertad para diseñar el rumbo de la política criminal; es decir, para

elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo a las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes penales, debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, como el de “Non Bis In Idem” dentro del cual se encuentra estrechamente vinculado el de “Ne Bis In Idem”; y los principios emanados de la Jurisprudencia como el de “Prohibición de la Doble Valoración y el de Proporcionalidad”, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano.

Por esa razón, el Juez, al examinar la validez de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficiente entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para que sea individualizada entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.

En la fase de creación de tipos penales, el principio de proporcionalidad de las penas requiere que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es, el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito. Este último extremo se calcula en función de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como del grado en que éste resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta descrita en el tipo penal.

Ambos criterios se conjugan para determinar la entidad del daño causado por la acción que se incrimina, aun cuando su consideración es necesaria para satisfacer las exigencias del principio de lesividad;

pero además, en virtud del principio de culpabilidad, es preciso que el legislador distinga entre conductas dolosas e imprudentes para efectos de determinar la mayor o menor gravedad del delito y, por ende, establecer un marco penal distinto en uno y otro caso, reflejando así el diferente valor de acción que merece aquello que el sujeto ha querido y aquello que sin quererlo, ha podido evitar.

La decisión de imponer pena en un caso concreto, siempre requiere resolver el conflicto entre las razones en contra, suministradas por los derechos fundamentales que se ven afectados por la aplicación de la sanción, y las razones a favor de dicha intervención, representadas en los fines legítimos que con ella se pretende alcanzar.

Así, el legislador penal está sujeto al marco legal reconocido en la Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, por lo que, al formular la cuantía de las penas, debe atender a diversos principios constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el de proporcionalidad, previsto en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone:

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado (...).”³²⁷

En este caso, se duele de la desproporción en abstracto entre el delito de robo simple, previsto y sancionado en el artículo 220, del Código Penal para el Distrito Federal y la agravante prevista y sancionada a la vez en el artículo 224, con una pena privativa de la libertad de dos a seis años de prisión.

³²⁷ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018.

Hay que partir de la siguiente premisa: la relación entre la pena y el delito es una relación convencional. Esto quiere decir que depende de aspectos contingentes que no están dados de antemano. Así, la relación entre delito y pena no sólo atiende a cuestiones éticas o valorativas propias de cada sociedad y momento histórico, sino también a consideraciones de oportunidad. En este sentido, la exigencia de proporcionalidad no implica que el sistema de penas previsto en los códigos penales atienda exclusivamente a la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien o al grado de responsabilidad subjetiva del agente.

Al analizar el alcance de la garantía de proporcionalidad de las penas prevista en el artículo 22 constitucional, esta Suprema Corte, se reitera, ha sostenido en varios precedentes que “el legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo”.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la escala de penas determinada en los códigos penales establece una jerarquía de castigos no sólo en función de la importancia de los distintos bienes jurídicos protegidos y de las afectaciones a éstos, sino también atendiendo a consideraciones de política criminal.

En esta línea, es legítimo desde el punto de vista constitucional que esa política criminal tenga como objetivo disminuir la incidencia delictiva a partir del aumento de las penas. Así, el incremento en la comisión de ciertos delitos justifica que el legislador instrumente una respuesta penal de mayor intensidad que se traduzca también en un aumento de las penas. Por tanto, para evaluar la proporcionalidad de una pena también debe tenerse en cuenta si el legislador ha considerado, al

momento de determinar su cuantía, que se trata de un delito cuya alta incidencia lo lleva a enderezar una intervención penal que se traduzca en una pena mayor.

Esto significa que tanto la gravedad de la conducta incriminada como la cuantía de la pena no sólo está determinada por el bien jurídico tutelado, la afectación a éste o el grado de responsabilidad subjetiva del agente, sino también por la incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera, siempre y cuando haya elementos para pensar que el legislador ha tomado en cuenta esta situación al establecer la pena.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha puesto de manifiesto la conveniencia de que el legislador exprese las razones que lo llevan a determinar una pena para un delito como un elemento especialmente relevante para evaluar la constitucionalidad de una intervención penal. Con todo, esto no debe llevarnos al extremo de sostener que la ausencia de una justificación legislativa expresa comporte la inconstitucionalidad de la pena.

Similares consideraciones sostuvieron el Juez Trigésimo Cuarto de lo Penal de la Ciudad de México en la sentencia definitiva de fecha primero de abril de dos mil cuatro emitida en la causa penal 341/2003; y los Magistrados Integrantes de la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México en la resolución de once de junio de dos mil cuatro emitida en el toca penal 509/2004. Idénticas consideraciones sostuvieron los Magistrados Integrantes del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitida en la ejecutoria de veintidós de abril de dos mil diez emitida en el Amparo Directo 97/2010; los Magistrados Integrantes del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitida en el Amparo Directo en la ejecutoria de fecha veinticuatro de enero de dos mil trece.

Iguals aseveraciones corroboraron los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver por unanimidad de votos los amparos directos en revisión 1930/2011 en sesión de fecha diecinueve de octubre de dos mil once, 2556/2011 en sesión de veinticinco de enero de dos mil doce, 3032/2011 en sesión de fecha nueve de mayo de dos mil doce, y 665/2013 en sesión de fecha cinco de junio de dos mil trece.

En el presente caso, el exceso de graduación punitiva, se cuestiona desde dos ángulos distintos aunque complementarios. El primero, se relaciona con el exceso de la condena en sí mismo, en cuanto se ordenó una adición a la pena con base en una causal genérica de agravación establecida en el Código Penal pese a que previamente se había aumentado la pena básica de conformidad con las causales específicas de agravación contempladas. El segundo, se refiere a la prohibición que pesa sobre el superior para acrecentar la pena impuesta al apelante que tenga el carácter de apelante único.

El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*Non Bis In Idem*), consagrado como derecho fundamental en la Constitución expedida con posterioridad a la ejecutoria del fallo objeto de la acción de tutela, sanciona negativamente la hipótesis cuestionada. En efecto, si el Juzgador echa mano de las causales de agravación genéricas el plus de pena deberá aplicarse a la sanción básica y no al monto total de la pena ya agravada merced a una causal específica de agravación, pues, de lo contrario, un mismo hecho se estaría castigando doblemente.

De esta manera, el Derecho Sancionador ha de elaborar en este punto una dogmática propia, aunque se encuentre inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada. Dogmática que habría de girar fundamentalmente sobre el análisis y contraste de los hechos

constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas. Sin olvidar, por último, que el distanciamiento de las técnicas procesales es tanto más necesario en cuanto a que en el Derecho Sancionador el “*Ne Bis In Idem*” opera incluso para dos sanciones, es decir, sin que medie sentencia ni cosa juzgada.³²⁸

Esto es, el hecho de tomar en consideración la circunstancia de que el objeto del apoderamiento recayó respecto de un vehículo automotriz, implicaría considerar como agravante, calificativa o modalidad a uno de los elementos típicos que ya se encuentra implícito dentro de la descripción normativa del tipo básico (objeto material), y que incluso, determina la sanción aplicable. De tal suerte que tomarla como base para la agravación de la pena denotaría la consideración de una misma conducta (tipo básico), dos veces (como circunstancia), para la imposición de una pena, cuando en puridad tal circunstancia, es parte de la conducta típica básica, a la cual resulta exactamente aplicable, y extender uno de los elementos que lo compone al delito como circunstancia agravante, no es, sino extender indebidamente una conducta para imponerle, primero, la pena del delito básico, y segundo, volver a imponer a la misma conducta una agravación (aumento de la pena por el mismo hecho).

Por lo que, dicho numeral 224 fracción octava del Código Penal para el Distrito Federal vulnera tanto el principio constitucional de “*Ne bis In Idem*” que se encuentra vinculado estrechamente con el principio “*Non Bis In Idem*”,³²⁹ como con los principios emanados de la Jurisprudencia

³²⁸ Vid. CANO CAMPOS, Tomás, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”, Revista de Administración Pública, N° 156 (2001), pp. 191-249. “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 15 (2011), pp. 139-169.

³²⁹ Cfr. Al respecto resulta aplicable la tesis aislada P.LXV/2009, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 8, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Novena época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo contenido es el

de “Proporcionalidad” y de “Prohibición de Doble Valoración”, en virtud de que su acreditamiento implicaría la recalificación de una misma conducta (lo cual está a su vez prohibido por el artículo 23 de la Carta Magna), la cual ya está contemplada en los elementos del tipo básico del delito de robo (objeto material).

En este orden de ideas, se debe tener por no acreditada la circunstancia contemplada en la fracción octava del Código Penal para el Distrito Federal (hipótesis de cuando el robo se cometa respecto de vehículo automotriz); ya que de acreditarse la hipótesis en comento se violarían las garantías constitucionales de los justiciables, en particular la relativa al Principio de Legalidad y la Subgarantía de Exacta aplicación de la ley, en virtud de que su acreditamiento implicaría la recalificación de una misma conducta (lo cual está a su vez prohibido por el artículo 23 de la propia Carta Magna), la cual ya está contemplada en el delito básico como uno de los elementos que integra al mismo; pues pensar lo contrario, es decir, tener por acreditada la circunstancia en comento prevista en un artículo de la ley sustantiva

siguiente: “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.- El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor supremo de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los Tratados Internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.”

penal (224 fracción octava del Código Penal para el Distrito Federal) que es inconstitucional implicaría también la violación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esto es, el hecho de tomar en consideración la circunstancia, implicaría considerar como agravante, a uno de los elementos típicos que ya se encuentra implícito dentro de la descripción normativa del tipo básico (objeto material), y que incluso, determina la sanción aplicable. De tal suerte que tomarla como base para la agravación de la pena denotaría la consideración de una misma conducta (tipo básico), dos veces (como circunstancia), para la imposición de una pena, cuando en puridad tal circunstancia, es parte de la conducta típica básica, a la cual resulta exactamente aplicable, y extender uno de los elementos que lo compone al delito como circunstancia agravante, no es, sino extender indebidamente una conducta para imponerle, primero, la pena del delito básico, y segundo, volver a imponer a la misma conducta una agravación (aumento de la pena por el mismo hecho).

Esto es, que la política criminal que imprime el legislador del Distrito Federal, en dicha calificativa, está en función de las características específicas de la cosa robada, pero también es cierto que el legislador del Distrito Federal, para establecer la punibilidad aplicable al delito de robo, la establece con base al momento a que ascendió el valor de lo robado, fijando los márgenes de punibilidad mínimos y máximos, atendiendo a cada uno de ellos al valor de lo robado, cuatro fracciones que se describen en el artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo que si el quantum de la punibilidad está fijado en función del monto del valor de la cosa robada, cualquier otra circunstancia relacionada con las características del objeto material del apoderamiento, no debe tomarse en cuenta al incrementar la

punibilidad, ya que ello implicaría violentar la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 23 constitucional que prohíbe recalificar dos o más veces una misma conducta (Principio de “Ne Bis In Idem”), lo que acontecería en el caso si se acredita primero el de robo del vehículo (objeto material) y pretender luego también que se acredite la circunstancia de vehículo automotriz. Con ello, se pasaría por alto que el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho no debe permitirse se desvalore dos veces una misma conducta y que en el caso significaría violar los derechos subjetivos del justiciable al recalificar dos veces una misma conducta del sentenciado, si se acredita primero el robo de una cosa mueble (vehículo automotriz) y después la circunstancia de vehículo automotriz.

Como corolario de lo anterior, es de señalarse que tener como acreditada la circunstancia que nos ocupa, implicaría pasar por alto el principio de Exacta Aplicación de la Ley, que postula el artículo 14 constitucional derivado de la garantía de legalidad en materia penal, cuya cristalización en la legislación secundaria es recogida en el artículo 2 del Código Penal vigente para el Distrito Federal; en efecto las descripciones abstractas de conducta que en el ámbito penal reciben el nombre de tipos penales, llevan ínsitos los elementos a los cuales habrá de adecuarse las conductas fácticas para que se configure el delito (juicio de tipicidad), misma descripción que en el caso que nos ocupa contempla que haya un apoderamiento respecto de una cosa, la cual en el ámbito penal se ostenta como el objeto material del ilícito en cuestión.

En tal sentido, el tipo penal describe la conducta penal, y señala su sanción con base al monto a que asciende el valor de cambio del mismo, por lo que imponer una sanción agravatoria, sobre lo que ya tiene una sanción expresa, implica la imposición de dos penas respecto

de una misma conducta (tipo básico que ya contempla el objeto material como base de la sanción).

En el mismo sentido, es de señalarse, que entender lo contrario a lo anteriormente esgrimido, es pasar por alto la naturaleza propia de la ley penal que atiende a su clasificación en cuanto a su jerarquía, en particular la relativa distinción entre tipos básicos y tipos circunstanciados subordinados, dentro de la cual, el tipo básico contempla la descripción legal de la conducta concreta y abstracta con todos sus elementos (robo que lleva ínsito el objeto material cosa-vehículo automotriz); en tanto que el tipo circunstanciado subordinado, implica una circunstancia que pueda ser agravatoria o privilegiada, misma circunstancia (por la referencia que sea), se añade al tipo básico para su agravación o atenuación.

Es decir, se trata de una circunstancia distinta al tipo penal básico y que se añade a este para su agravación, lo cual evidencia por una parte su independencia a que el tipo básico se integre y en segundo lugar, que una vez integrado el tipo básico, se contempla una circunstancia distinta de aquél que lo agrava o atenúa. Y en tal sentido, en el caso que nos ocupa, es evidente que la circunstancia relativa a que el robo recaiga sobre un vehículo automotriz no implica la adición de una nueva circunstancia que se añada al delito básico, sino por el contrario, lo que hace es retomar la misma conducta del tipo básico –objeto material– para su agravación; lo cual sin duda pone de manifiesto que se recalificaría una misma conducta para imponerle doble sanción, sobre la misma doble punición, sobre el tipo básico, en torno a un elemento integrante del mismo.

En tal sentido se insiste que lo procedente es no tener por acreditada la calificativa en comento; misma falta de autonomía (en la descripción objetiva) de la supuesta circunstancia que es comprobable mediante

una simple operación lógica de exclusión, esto es, si hipotéticamente suprimidos el vehículo automotriz de la supuesta circunstancia agravante, el tipo básico no podría existir ante la falta del elemento objetivo que constituye el objeto material.

Esto es, si no existe el vehículo, tampoco existe el objeto material, y por ende, no existiría el tipo básico, lo cual descarta de manera clara y evidente la autonomía (en la descripción objetiva) de la circunstancia agravante de referencia con relación al tipo básico, pues ello no hace sino demostrar que tal elemento no es otra cosa que el propio objeto material que ya está contemplado por el tipo básico, y no una circunstancia que se añade al mismo ya configurado. En el mismo orden de ideas, cabe precisar que aun cuando la agravante de referencia fue contemplada por el legislador, no menos cierto es, que al implicar la recalificación de una conducta del sentenciado, lo procedente es no acreditar tal circunstancia agravante (que en sentido estricto, como ya se dijo, no lo es).

Pues dicha recalificación se encuentra prohibida por el artículo 23 de la Carta Magna, así como por el artículo 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por el Senado de la República el día 18 de diciembre de 1980 y publicado en nuestro país en el Diario Oficial de la Federación de fecha 9 de enero de 1981, mismo Tratado Internacional y Principio Constitucional, que es de observancia en términos del artículo 133 de la Constitución Federal, que imperativamente ordena a los juzgadores (en sentido amplio, a los órganos jurisdiccionales y constitucionales) de los Estados a atender dicho Tratado, como las disposiciones constitucionales a pesar de la disposición en contrario que ínsitamente representa el artículo 224 fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo que en tal sentido no es factible para pretender su aplicación atender a la voluntad hipotética que el legislador quiso impregnar en la calificativa de referencia (que evidentemente no puede ser la de violar la Carta Magna), al resultar la misma irrelevante, pues el simple hecho de que con la misma se viole un principio constitucional, considerado en la Carta Magna, como en un Tratado Internacional que representan la Ley Suprema de la Unión, y cuya observancia es obligatoria a pesar de una disposición estatal que las contradice, lo procedente es no acreditar tal circunstancia, en estricto apego a tales leyes supremas y a las garantías constitucionales anotadas.

Más aún, cuando el mismo principio es reconocido en la legislación secundaria en particular en el ordinal 122 del Código Penal para el Distrito Federal (“por la misma conducta”), mismo ordinal que evidentemente representa el reflejo y respeto a la normatividad constitucional e internacional señalados, por lo que es de acotarse, que el hecho de reconocerse en la legislación local de manera expresa el principio y prohibición de no recalificar la misma conducta (*Ne Bis In Idem/Non bis in idem*), implica a su vez que no sea factible pretender ostentar excepciones a los mismos, pues ello se encuentra reservado única y exclusivamente al legislador federal, al tenor del artículo primero de la Carta Magna.

Por lo que en tal sentido, al reconocerse por la ley secundaria el principio constitucional de referencia, es evidente que el legislador local no puede limitar su extensión al no encontrarse dentro de sus facultades, pues la Constitución Federal en modo alguno se las concede, y al entender que la autoridad no puede hacer sino solo aquello que se encuentra dentro de la competencia concedida por la ley, resulta aún más evidente, que las limitaciones que pretenda establecer la autoridad local en torno a principios reconocidos en su ley

penal, no puede limitarlas al no encontrarse dentro de su competencia, ya que ello únicamente corresponde al Congreso de la Unión.

Razones más claras, para entender el respeto irrestricto que debe guardar toda autoridad judicial en torno a la norma suprema de la Unión, más aún cuando, como se dijo, los principios de la misma son regidos en la legislación secundaria (que una vez adoptados no pueden limitarse por la autoridad local –ni legislativa, ni judicial, como es nuestro caso-), y en un Tratado Internacional, reconocida también como Ley Suprema en los términos expuestos con antelación; en orden a lo anterior, es de insistirse, que la circunstancia de referencia, no es factible acreditarla, dado que con ello se recalificaría dos veces la misma conducta, en los términos ya señalados con anterioridad; en consecuencia debe desestimarse dicha calificativa al no cobrar vida jurídica, lo que se deberá tomar en consideración al momento de la punición.

CONCLUSIONES.

-Primero: Tratamos de lograr dos objetivos básicos: en primer lugar, contar con un diseño normativo capaz de proporcionar a los agentes encargados de hacer cumplir la ley, las herramientas necesarias para perseguir con eficacia el delito, enseguida, hacerlo con las garantías del debido proceso. Lo que se pretende con la reforma del sistema de justicia es dar soluciones de calidad a los gobernados.

-Segundo: Con el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar tales derechos, los Estados se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

-Tercero: El principio del “*Ne Bis In Idem*”, constituye una garantía constitucional el cual está reconocido implícitamente en la Constitución Política y desarrollada en sentencias del Tribunal Constitucional, así como, en normas con rango de ley, no se presenta el “*Ne Bis In Idem*” cuando existen fundamentos diferentes en los casos de concurrencia de pena y sanción administrativa, siempre en cuando exista una relación de sujeción especial.

-Cuarto: En relación a la prevalencia del derecho penal frente al procedimiento administrativo sancionador, considero que constituye una premisa equivocada en razón que la eficacia sancionadora de la administración no puede detenerse, claro está que debe respetarse las garantías procesales de los administrados, las cuales están sujetas a control en los procesos contenciosos administrativo.

-Quinto: Hemos visto lo cuán importante que es el funcionalismo en el Derecho Penal y como se ha venido calando actualmente; así siendo el funcionalismo uno solo, pero su contenido distinto, podremos decir que el esquema funcionalista de Roxin es una estructura bastante organizada donde se le da importancia no solo por la introducción de una político-criminal sino también porque se destaca la valoración del bien jurídico.

-Sexto: Los principios constitucionales, sumado a la dignidad del hombre son un cúmulo de perspectivas vistas por Roxin en la estructuración en la teoría general del delito.

-Séptimo: Para Roxin es la prevención propiamente dicha de prevenir delitos futuros.

-Octavo: Roxin cree en la prevención especial, pero plantea una crítica frente a la pena que pretende re-socializar, sólo podrá ser eficaz no sólo a través de la formulación programática de un catálogo de penas, por muy graves que éstas sean, sino a través de unas adecuadas políticas sociales, proponiendo menos inversión en prisiones y mayor inversión en una policía eficaz, sanciones de carácter social-constructivo. Medidas reparadoras y de conciliación con la víctima, o la institución procesal del sobreseimiento con la obligación de reparación o realización de trabajos en beneficio de la comunidad en el caso de delitos leves.

-Noveno: En materia sustantiva penal, los principios fundamentales del ius puniendi, como el de "proporcionalidad" y "lesividad", considero, se requiere hacer una precisión de los alcances de estos. Esto es, no se trata en modo alguno de prohibir los delitos de peligro abstracto, los cuales ciertamente no lesionan o ponen en peligro de manera directa bienes jurídicos. En este sentido, es correcto continuar criminalizando

conductas como el narcotráfico o las que pudieran llegar a lesionar el ambiente, entre otras posibilidades.

-Décimo: Es de suma relevancia incluir el principio "*Ne Bis In Idem*", que se relaciona directamente con el de "proporcionalidad, lesividad y mínima intervención", el cual establece en primer término el carácter subsidiario o ultima ratio, mediante el cual se limita la intervención del derecho penal única y exclusivamente cuando los demás instrumentos o medios han fallado y, por otro lado, su carácter fragmentario, lo que significa que el derecho penal sólo regula los casos en que los bienes jurídicos deben ser protegidos cuando la amenaza o lesión sea relevante o peligrosa.

-Décimoprimer: No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la "adopción de medidas positivas", determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Como parte de la obligación de garantizar los derechos, el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos, de investigar seriamente las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación; en cuyo caso, lo decisivo es dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que,

como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, para lo cual, sin embargo, aclaró que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

-Décimosegundo: Los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación.

-Décimotercero: Los Estados deben adoptar las medidas necesarias, entre ellas, la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para evitar y sancionar la vulneración de derechos fundamentales. Por lo que toca a la materia penal sustantiva, ese propósito se proyecta en la inclusión de tipos penales adecuados, sujetos a las reglas de legalidad penal, atento a las exigencias del derecho punitivo en una sociedad democrática, y suficientes para la protección, desde la perspectiva penal, de los bienes y valores tutelados.

-Décimocuarto: El análisis de la fracción VIII del artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal vigente; permite afirmar que la política criminal de la legislación penal en esta materia no es unívoca. Es indudable la tendencia despenalizadora respecto del daño en propiedad, en especial de los delitos culposos. Ello no debe sorprendernos, si se tiene en cuenta que en el derecho comparado es

frecuente que esta conducta no sea delictiva. También se han ampliado los casos en que la persecución de estos delitos depende de la querrela del titular del bien afectado, con ello se hace posible que víctima y victimario lleguen a acuerdos que permitan salidas alternas al conflicto.

-Décimoquinto: Sin lugar a dudas, la figura estrella sigue siendo el robo, en todas sus modalidades. La reforma de mayo de 2003, al modificar e incrementar las punibilidades impidió que los robos de muy poca monta, quedaran exentos de pena privativa de libertad. Los números son alarmantes, las prisiones del Distrito Federal están sobrepobladas por autores de robos de poca monta que no reúnen los requisitos para la libertad bajo caución u que encuadran en alguna de las múltiples agravantes previstas en la ley. Precisamente, la tendencia en materia de robo ha sido incorporar periódicamente nuevos supuestos de robos agravados al Código Penal para el Distrito Federal, a eso debe sumarse la interpretación amplia que se hace de cada una de ellas.

-Décimosexto: La situación es crítica; recientemente en fecha veintisiete de noviembre de dos mil doce, se publicó en la Sección “Ciudad” del periódico “Reforma”, que la Comisión Especial de Reclusorios de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal busca que los robos de menos de 5000 pesos puedan dar lugar a la libertad bajo fianza.

-Décimoséptimo: Pero la razón para esta medida no debiera ser solamente la sobrepoblación penitenciaria, sino atender al mandato constitucional de proporcionalidad de las penas en relación con el bien jurídico afectado y de reservar la actuación penal para las conductas más graves. Lo contrario favorece que, tal como ocurre actualmente, la persecución penal se centre en los delitos de poca monta en perjuicio, sin duda, de la investigación y sanción de las conductas más graves.

-Décimooctavo: Es indudable que las formas alternativas de justicia en Derecho Penal tienen cabida mayoritariamente, para solucionar los conflictos derivados de la comisión de delitos patrimoniales no violentos.

-Décimonoveno: Los juzgadores penales, como cualquier autoridad pública, tienen la obligación de observar y aplicar la Constitución. Sin embargo, el poder de control constitucional tiene que ser usado con cautela. El juzgador penal no reemplaza a la Asamblea Nacional ni lo podrá hacer, pero en casos concretos, el resultado de la aplicación de los tipos penales puede acarrear resultados injustos por violar derechos y principios constitucionales.

-Vigésimo: La única forma de garantizar que la inaplicación de la ley penal no sea arbitraria es a través de la ponderación y de la argumentación jurídica. Si el Juez no pondera ni argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación, y la seguridad jurídica.

-Vigésimoprimer: El juzgador, en general, y el penal, en particular, no son sólo garantes de la ley y están sujetos irracionalmente al principio de legalidad. Los jueces son garantes de los derechos de las personas que están reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esa garantía significa que pueden y deben controlar los abusos que, a veces, se producen por las mayorías que deciden en contra de principios.

-Vigésimosegundo: Los Jueces pueden y deben corregir los excesos de los otros poderes del Estado y esos excesos son, a veces, exagerados en cuanto al uso del ius puniendi. A mayor poder del Estado, como es el caso del Derecho Penal, mayor control judicial.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABARCA GALEAS, Luis. "La Función Persecutoria y el *Non Bis In Idem* en el Proceso Penal Acusatorio del Ecuador". Ecuador, Casa de la Cultura del Chimborazo, 2005
- ALBÁNESE, Susana. "La Internacionalización del Derecho Constitucional y la Constitucionalización del Derecho Internacional. En el Control de Convencionalidad". Buenos Aires, Ediar, 2008.
- ALVARADO PLANAS, Javier. "El pensamiento jurídico primitivo". Madrid, 1986.
- ARIAS EIBE, Manuel José. "Funcionalismo penal moderado o teleológico valorativo versus funcionalismo normativo radical". DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006.
- BARRENA ALCARAZ, Adriana E. y otros. "Diccionario Jurídico Mexicano". México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994.
- BONESANO, César –Marqués de Beccaria-. "Tratado de los Delitos y de las Penas". México, Porrúa, 1997.
- BROWNNING, W.R.F. "Diccionario de la Biblia". Barcelona, Paidós, 1998.
- BRUNNER, Heinrich. "Historia del Derecho Germánico". (según la 8ª ed. alemana de Claudius von Schwerin, trad. y anotada por José Luis Álvarez López) Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Río de Janeiro, 1936.
- CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Tomo I. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977.
- CABANELLAS, Guillermo. "Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos". 4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas; Buenos Aires, Argentina, Heliasta S.R.L., 1992.
- CALLE JEGAÑO, Doris; Tenorio Arias, Jesús y Vega Bazán Castillo Eduardo. "Manual para Promotores: Cultura de Paz". Lima, Cedro, 1996.
- CALVO GARCÍA, Manuel. "Los Fundamentos del Método Jurídico: Una Revisión Crítica". Madrid España, Tecnos, 1994.
- CARBONELL, Miguel. "El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional". Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. "Sistema de Derecho Procesal Civil". Tr. y Comp. Enrique Figueroa Alfonso. Instituciones de derecho procesal Civil. Vol. 5. México, Harla, Biblioteca Clásicos del Derecho, 2002.

- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. "Derecho Penitenciario". México, Editorial Porrúa, 1970.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano". México, Porrúa, 1995.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". México, Porrúa, 1994.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. "Diccionario Jurídico Moderno". Lima, San Marcos, 1995.
- CHENETT PRAELI. "Diccionario Jurídico-Law Dictionary. Lima, Limagraf, 2004.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". 6ª Edición. México, D.F., Editorial Porrúa, 1980.
- COOK, Chris. "Diccionario de Términos Históricos. Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, Editorial ISEF, 2018.
- Código Penal Federal, Editorial ISEF, 2018.
- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF, 2018.
- Constitución Política de la Ciudad de México, Editorial ISEF, 2018.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial ISEF, 2018.
- CRESPO IÑIGO, Salvador. "Derecho Internacional Penal. Estudios en Perspectiva". Quito, Editorial Centro de Publicaciones PUCE, 2006.
- DE AGUIAR DIAS, José. "Tratado de la Responsabilidad Civil"; Tomo I. Editorial José M. Cajica, JR., S.A, 1957.
- DE LA RUA, Fernando. "El recurso de casación en el derecho positivo argentino"; Universidad de Michigan, V.P. de Zavallía, 1968.
- DE LA RÚA, Fernando. "*Non bis in idem*". Artículo en "Enciclopedia Jurídica Omeba" Tomo XX.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. "Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas: Sentido y Alcance del Principio Ne Bis In Idem". Barcelona, España, Bosch, 1998.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. "El Principio de Ne Bis In Idem en el Derecho Penal Europeo e Internacional. Sobre el sentido del axioma *Ne Bis In Idem*". Universidad de Castilla - La Mancha, Servicio de Publicaciones, 2007.
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. "La Cláusula de Supremacía Constitucional. El artículo 133 Constitucional a la Luz de su Origen, Evolución, Jurisprudencia y Realidad Actual". México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- Diario Oficial de la Federación de 5 de marzo de 2014.
- Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

- Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, Espasa – Calpe, Brosman, 2001.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. “Lecciones de Derecho Penal (para el nuevo sistema de justicia de México)”, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Straf, 2014.
- DIAZ ARANDA, Enrique. “Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal. Problemas actuales de política criminal. Claude Roxin”, México, UNAM, 2002.
- DIEZ-PICAZA, Luis María. “Sistema de los Derechos Fundamentales”. 2ª Edición. Madrid, Thomson, Civitas, 2005.
- El Gran Saber: Historia Universal III. Lima, Editorial Ribal, 1994.
- Enciclopedia de Biografías a Color. Barcelona, Ediciones Nauta, 1998. Sin paginar.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV. Driskill S.A., Buenos Aires, 1978.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XX. Driskill S.A., Buenos Aires, 1978.
- Enciclopedia Universal Herder. Barcelona, Editorial Herder, 1954.
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americano. En 70 tomos. Madrid, Espasa Editores, 1975.
- ESQUIVEL OBREGÓN, T. “Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano”. Tomos I y II. México, Porrúa- Anales de Jurisprudencia-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2009.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. “Derecho Penal Fundamental: Vol I”, Bogotá, Temis, 1986.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Julio. “La Inconstitucionalidad por Omisión.” Madrid España, Editorial Civitas S.A.
- FERRAGIOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Estructuras y Procesos”; México, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. “Iuspositivismo Crítico y Democracia Constitucional en Epistemología Jurídica y Garantismo”; México, Fontamara, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional.” México, Porrúa.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Breves Reflexiones sobre el Concepto y el Contenido del Derecho Procesal Constitucional.”; México, Porrúa.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. “Derecho Penal Introducción y Parte General”; 12ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1989.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Curso de Derecho Procesal Penal”. 5ª Edición. México, D.F., Editorial Porrúa, 1989.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "La Reforma Constitucional en Materia Penal. Jornadas de Justicia Penal"; México, UNAM-INACIPE, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, et al (Coords.). "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado"; Tomo II. México, Porrúa-UNAM, 2006.
- GONZÁLEZ BLACKALLER C. y GUEVARA RAMÍREZ I., "Síntesis de Historia de México". México, Herrero, 1962.
- GONZÁLEZ BLACKALLER C. y GUEVARA RAMÍREZ I. "Síntesis de Historia Universal". México, Herrero, 1962.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". México, Porrúa, 1993.
- Gran enciclopedia Focus. En 30 tomos. Barcelona, Editorial Argos Vergara, Industrias Gráficas, 1997.
- GRANADOS ATLACO, Miguel Angel. "Teoría del Delito. Lecciones de cátedra". México, UNAM-SUA.
- GUERRERO VIVANCO, Walter. "Derecho Procesal Penal. Tomo I, La jurisdicción y competencia"; Quito, Pudeleco Editores, 2004.
- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. "Breve estudio sobre los intentos por establecer en México juicios orales en materia penal". México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012.
- GUTIÉRREZ, José Marcos. "Discurso sobre los delitos y las penas, en Práctica criminal de España". Madrid, 1804, 5ª ed., Madrid, 1828).
- JELLINEK, Georg. "La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". Trad. Adolfo Posada. Serie Estudios Jurídicos, Núm. 12. México, UNAM, 2000.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal, I". 4ª ed. Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Tomos I a IV. México, Porrúa, 1993.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. "Iniciación histórica al Derecho español". Barcelona, 1ª ed., 1970, 2ª ed. 1978.
- LIMA, María de la Luz. "Control Social en México-Tenochtitlán. Criminalística"; México, D.F., Academia Mexicana de Ciencias Penales. Ed. Porrúa Año LII. Nº 1-12. , Enero-Dic. 1986.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. "Introducción al Derecho Penal". México, Porrúa, 2015.

- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. "Teoría del Delito". México, Porrúa, 2015.
- LÓPEZ NEVOT, José Antonio. "El rapto en el derecho visigodo, en Estudios de Historia del Derecho Europeo. Homenaje al profesor G. Martínez Díez". Madrid, 1994.
- LORANCA MUÑOZ Carlos. "Individualización Judicial de las Penas y las Medidas de Seguridad". México, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Volúmen 5, Tercera edición. Colombia, Temis, 1989.
- MAIBER, B. J. "Inadmisibilidad de la Persecución Penal Múltiple (Ne bis in Idem)". Doctrina Penal No. 35, 1986.
- MALJAR, Daniel E. "El Derecho Administrativo Sancionador". Buenos Aires, Argentina, AD-HOC, 2004.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. "Derecho Penal Parte General". México, Trillas, 1997.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, Martiniano. "Compendio de Historia Universal". Madrid, Editorial Saturnino Calleja S.A.
- MASFERRER, Aniceto. "La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistórico - penales de carácter metodológico, en Anuario de Historia del Derecho Español 71". Madrid, 2001.
- MASFERRER, Aniceto. "La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune". Madrid, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 7ª. Edición. Barcelona, Editorial IB de F, 2007.
- MOMMSEN, Theodor. "Derecho penal romano"; Trad. cast. de Pedro Dorado Montero. Bogotá, 1991, p. 605.
- MONTESQUIEU, Barón de. Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède. "El Espíritu de las Leyes", Trad. Siro García Del Mazo. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906.
- MONTROYA, Pedro Juan. Artículo en Internet: "Derecho Procesal Penal" en Monografías.com
- NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". 2da. Edición ampliada; Madrid, Tecnos, 2000.
- Nuevo diccionario de filosofía. Barcelona, Océano Grupo Editorial, 2001.

- OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". 26ª edición; Buenos Aires, Editorial Heliastam, 1999.
- PLANAS ROSSELLÓ, Antonio. "Las penas en el derecho histórico de Mallorca", en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lulliana*, 1999.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". México, Porrúa, 1995.
- PÉREZ DAZA, Alfonso. "Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio". México, Tirant lo Blanch, 2016.
- PÉREZ GALAZ, Juan de D. "Derecho y Organización Social de los Mayas". México, D.F., Edit. Diana, 1983.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio. "La doctrina jurídica y el proceso inquisitorial, en Perfiles jurídicos de la Inquisición española". Madrid, 1989, 1ª ed., 2ª reimp., 1999.
- PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". 9ª Edición. México, D.F., Edit. Época S.A., 1997.
- PISANI, Mario. "Il divieto della "Reformatio in peius. Nel processo penale italiano"; Italia, Giuffrè, 1967.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. "Robo Simple." México, Porrúa, 1989.
- PORTE PETIT, Celestino. "Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal". México, Porrúa, 1994.
- PORTE PETIT, Celestino. "Programa de Derecho Penal. Parte General. México; Trillas, 1990.
- REYES CALDERÓN, José Adolfo. "Victimología". 2ª Edición. México, D.F., Editorial Cárdenas Editor y Distribuidores, 2000.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. "Metodología Jurídica". México, D.F., Oxford University Press, 2001.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. "Victimología". 2ª. Edición. México, D.F., Editorial Porrúa, 1989.
- ROXIN, Claus. "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal"; Trad. Muñoz Conde, Madrid, España, Reus.
- ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- ROXIN, Claus. "Política criminal y sistema del Derecho Penal". Buenos Aires, Hammurabi, 2002, versión en línea: <http://es.scribd.com/doc/6908461/Roxin-Claus-Politica-Criminal-Y-Sistema-del-Derecho-Penal>
- SAINZ GUERRA, Juan. "La evolución del derecho penal en España". Jaén, 2004.

- SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano (1878 - 1938). "Historia del Derecho penal en España. Los orígenes del Derecho penal español", adiciones al Tratado de derecho penal de von Liszt, Franz. Trad. cast. de la 18ª ed. alemana, 3 vols., 3ª ed. Madrid, c. 1930, I.
- SAMANEZ BENDEZÚ, Jorge. "Educando en derechos humanos y en democracia". Lima, IPEDEHP, 1998.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "Estudios de Derecho Procesal Penal"; Pontificia Universidad Católica de Perú, Grijley.
- SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino", Tomo I. 8ª. Reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial TEA, 1978.
- VACA ANDRADE, Ricardo. "Manual de Derecho Procesal Penal". Vol. I. Tercera edición; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- VACCA GONZÁLEZ, Víctor. "Teorías Básicas sobre el Proceso Penal." Guayaquil, Editorial Prokhansa, 2006
- VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal: Parte general", Bogotá, Ediciones Andrés Morales, 2010.
- VERGARA ACOSTA, Bolívar. "La Autoridad de Cosa Juzgada en la Legislación y Jurisprudencia Ecuatoriana". Guayaquil, Departamento de publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1977.
- VON LISZT, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Trad. cast. de la 18ª ed. alemana de Quintiliano Saldaña, 3ª ed.
- ZAMORA GRANT, José. "La Víctima en el Sistema Penal Mexicano". México, D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I; Quito, Ecuador, Universidad de Guayaquil, Edino.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. "El Proceso Penal Ecuatoriano". Tomo III. 2º. Edición; Guayaquil, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1973.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. "El Debido Proceso Penal". Guayaquil, Editorial Edino, 2002.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Tomo I. Guayaquil, Editorial Edino, 2004.