

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

## MAESTRÍA EN DERECHO



### CONCURSO APARENTE DE NORMAS, ENTRE EL ARTÍCULO 246 PÁRRAFO V Y LOS CAPÍTULOS VII Y VIII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO  
PRESENTA:

**JESÚS LÓPEZ JUÁREZ**

TUTOR PRINCIPAL:  
DOCTOR EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT  
(FACULTAD DE DERECHO, UNAM)

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO D. F., MAYO DE 2013



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**INDICE:**

INTRODUCCION.	Pág. 13
<b>CAPITULO I</b>	
1.- DERECHO PENAL	Pág. 22
1.1. CARÁCTER CONSTITUTIVO O SANCIONADOR DEL DERECHO PENAL.	Pág. 29
1.2. TESIS QUE SOSTIENE EL CARÁCTER CONSTITUTIVO.	Pág. 33
1.3. TESIS QUE SOSTIENE EL CARÁCTER SANCIONADOR.	Pág. 34
2. EL OBJETO GENERAL DEL DERECHO PENAL.	Pág. 39
2.2. EL OBJETO PARTICULAR DEL DERECHO PENAL.	Pág. 44
A). EL CONCEPTO DEL BIEN JURIDICO.	Pág. 47

B). BIENES JURIDICOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS.	Pág. 49
3. DERECHO PENAL SUBJETIVO.	Pág. 52
3.1. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE CASTIGAR POR PARTE DEL ESTADO.	Pág. 55
A). FUNDAMENTO FORMAL.	Pág. 60
B). FUNDAMENTO MATERIAL	Pág. 65
C). FUNDAMENTO FUNCIONAL.	Pág. 67
D). FUNDAMENTO POLITICO.	Pág. 69
3.2. EL DERECHO OBJETIVO.	Pág. 72
A). LA LEY PENAL Y LA NORMA PENAL.	Pág. 75
B). LA NORMA PENAL.	Pág. 78
C). LA LEY PENAL.	Pág. 80
D). LA LEY PENAL FORMAL	

Y MATERIAL. Pág. 86

## **CAPITULO II.**

1.- LA INTERPRETACION DE LA LEY  
PENAL.

Pág. 89

1.1. CONCEPTO.

Pág. 92

1.2. CLASES.

Pág. 96

1.3. POR LOS SUJETOS.

Pág. 101

A). INTERPRETACION AUTENTICA  
O LEGISLATIVA.

Pág. 103

B). INTERPRETACION DOCTRINAL.

Pág. 106

C). INTERPRETACION JUDICIAL.

Pág. 108

1.4. POR EL METODO.

Pág. 111

A). INTERPRETACION GRAMATICAL.

Pág. 113

B). INTERPRETACION SISTEMATICA.

Pág. 115

C). INTERPRETACION ANALOGICA. Pág. 118

### **CAPITULO III.**

1.- CONCURSO APARENTE DE NORMAS. Pág. 121

1.1. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO  
APARENTE DE NORMAS. Pág. 127

1.2. EL CONCURSO APARENTE Y LAS  
DIVERSAS CLASES DE NORMAS  
EN LAS QUE SE PRESENTAN. Pág. 130

1.3. EL CONCURSO APARENTE ENTRE  
NORMAS DE LA PARTE ESPECIAL. Pág. 133

1.4. EL CONCURSO APARENTE ENTRE  
LAS NORMAS DE LA PARTE GENERAL  
Y DE LA PARTE ESPECIAL. Pág. 136

1.5. EL CONCURSO APARENTE ENTRE  
NORMAS DE LA PARTE GENERAL.. Pág. 139

1.6. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS  
Y EL CONCURSO IDEAL. Pág. 144

1.7. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y EL CONCURSO REAL O MATERIAL.	Pág. 148
---	----------

#### **CAPITULO IV.**

1.- LOS DIVERSOS PRINCIPIOS.	Pág. 152
------------------------------	----------

1.1.- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.	Pág. 156
----------------------------------	----------

1.2. PRINCIPIO DE CONSUNCION.	Pág. 161
-------------------------------	----------

1.3. PRINCIPIO DE LA SUBSIDARIEDAD.	Pág. 171
-------------------------------------	----------

1.4. PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD.	Pág. 175
-----------------------------------	----------

#### **CAPITULO V.**

1.- EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.	Pág. 179
---	----------

2.- LA FUNCION DE LAS NORMAS PENALES.	Pág. 185
---------------------------------------	----------

2.1. LA FUNCION MOTIVADORA.	Pág. 189
-----------------------------	----------

2.2. LA FUNCION DE LA PROTECCION.	Pág. 192
-----------------------------------	----------

2.3. LA FUNCION DE CONTROL SOCIAL.	Pág. 194
2.4. POLITICA CRIMINAL EN EL DISTRITO FEDERAL.	Pág. 200
3. LA PENA	Pág. 209
3.1. LAS CLASES DE PENA EN GENERAL.	Pág. 222
3.2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE DERECHOS Y PENAS PECUNIARIAS.	Pág. 226
4. CONCURSO APARENTE DE NORMAS, ENTRE EL ARTICULO 246 PARRAFO V Y LOS CAPITULOS VII Y VIII DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	Pág. 240
4.1. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 246 PARRAFO V DEL CODIGO PENAL.	Pág. 252
4.2. REINCIDENCIA.	Pág. 260
4.3. IMPUNIDAD.	Pág. 266

4.4. EXPOSICION DE CASO PRACTICO. Pág. 275

4.5. CONCLUSIONES. Pág. 288

**BIBLIOGRAFIA.** Pág. 294

**LEGISLACION.** Pág. 298

**CONCURSO APARENTE DE NORMAS, ENTRE EL ARTICULO 246 PARRAFO V Y LOS CAPITULOS VII Y VIII, DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.**

**CAPITULO I.**

**1.- DERECHO PENAL.**

1.1.- CARACTER CONSTITUTIVO O SANCIONADOR DEL DERECHO PENAL.

1.2.- TESIS QUE SOSTIENE EL CARÁCTER CONSTITUTIVO.

1.3.- TESIS QUE SOSTIENE EL CARÁCTER SANCIONADOR.

**2.- EL OBJETO GENERAL DEL DERECHO PENAL.**

**2.2.- EL OBJETO PARTICULAR DEL DERECHO PENAL.**

A).- EL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO.

B).- BIENES JURIDICOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS.

**3.- DERECHO PENAL SUBJETIVO.**

3.1.- LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE CASTIGAR POR PARTE DEL ESTADO.

A).- FUNDAMENTO FORMAL.

B).- EL FUNDAMENTO MATERIAL.

C).- EL FUNDAMENTO FUNCIONAL.

D).- EL FUNDAMENTO POLITICO.

**3.2.- EL DERECHO OBJETIVO.**

A).- LA LEY PENAL Y LA NORMA PENAL.

B).- LA NORMA PENAL.

C).- LEY PENAL.

D).- LA LEY PENAL FORMAL Y MATERIAL.

## **CAPITULO II.**

### **1.- LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.**

1.1.- INTRODUCCION.

1.2.- CONCEPTO.

1.3.- CLASES.

1.4.- POR LOS SUJETOS.

A).- INTERPRETACION AUTENTICA O LEGISLATIVA.

B).- INTERPRETACION DOCTRINAL.

C).- INTERPRETACION JUDICIAL.

1.5.- POR EL METODO.

A).- INTERPRETACION GRAMATICAL.

B).- INTERPRETACION SISTEMATICA.

C).- INTERPRETACION ANALOGICA.

## **CAPITULO III.**

### **1.- CONCURSO APARENTE DE NORMAS.**

1.1.- PRESUPUESTO DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.

1.2.- EL CONCURSO APARENTE Y LAS DIVERSAS CLASES DE NORMAS EN LAS QUE SE PRESENTAN.

1.3.- EL CONCURSO APARENTE ENTRE NORMAS DE LA PARTE ESPECIAL.

1.4.- EL CONCURSO APARENTE ENTRE NORMAS DE LA PARTE GENERAL Y DE LA PARTE ESPECIAL.

1.5.- EL CONCURSO APARENTE ENTRE NORMAS DE LA PARTE GENERAL.

1.6.- EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y EL CONCURSO IDEAL.

1.7.- EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y EL CONCURSO REAL O MATERIAL.

#### **CAPITULO IV.**

##### **1.- LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS.**

1.1.- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

1.2.- PRINCIPIO DE CONSUNCION O ABSORCION.

1.3.- PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD.

1.4.- PRINCIPIO DE LA ALTERNATIVIDAD.

#### **CAPITULO V.**

##### **1.- EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.**

##### **2.- LA FUNCION DE LAS NORMAS PENALES.**

2.1.- LA FUNCION MOTIVADORA.

2.2.- LA FUNCION DE PROTECCION.

2.3.- LA FUNCION DE CONTROL SOCIAL.

2.4.- POLITICA CRIMINAL.

##### **3.- LA PENA.**

3.1.- LAS CLASES DE PENA EN GENERAL.

3.2.- LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.  
PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE DERECHOS Y PENAS PECUNIARIAS.

**4.- CONCURSO APARENTE DE NORMAS, ENTRE EL ARTICULO 246 PARRAFO V Y  
LOS CAPITULOS VII Y VIII DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.**

4.1 CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 246 PARRAFO  
V DEL CODIGO PENAL.

4.2.- LA REINCIDENCIA.

4.3.- LA IMPUNIDAD.

4.4.- EXPOSICION CASO PRACTICO.

CONCLUSIONES.

## INTRODUCCION.

En el Primer Capítulo del presente trabajo nos hemos referido a lo que es y debe entenderse por Derecho Penal, señalamos que es una herramienta de control social que sirve para mantener el orden, para ello se señala en sus preceptos cuáles son las conductas que se consideran como delitos y las penas que como consecuencia trae aparejada. El Derecho Penal, es el último medio de que debe disponer el Estado para la conservación de la paz, para ello debe dejar bien definido que conductas son consideradas como delito y sus penas a través de sus Órganos Legislativos. Asimismo se deja asentado que el Estado es el ente en que reside el derecho punitivo, solo él lo puede ejercer a través de sus instituciones. Se da una breve reseña de la Tesis que sostiene el carácter constitutivo del Derecho Penal, el cual sin duda es el de la protección de bienes, creando leyes con penas más severas para proteger el patrimonio. El Derecho Penal sin duda alguna también tiene características políticas, ya que es de interés general la salvaguarda de los bienes fundamentales del hombre ya sea en forma general o particular, así como buscar la igualdad de las personas ante el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas se habla de los bienes jurídicos, que sin duda son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social, y estos son: la vida, la salud, la vivienda, el trabajo etc. Pero también es necesario ponerle un límite al poder del Estado, es decir, debe quedar bien establecido cuales son las conductas que se habrán de punir, se hace la clara diferenciación entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. La importancia de esta división permite materializar en la ley penal en sendos apartados entre delitos contra la vida y la integridad corporal,

contra el honor, que se refieren a los bienes jurídicos individuales y delitos contra la nación, contra la administración de justicia que se refieren a jurídicos colectivos.

Se habla de los fundamentos que tiene el Estado para castigar, estos nacen del Contrato Social, que es la fuente legitimadora del ius puniendi tanto en un sentido material como en sentido formal, ya que sólo el legislador puede dictar penas, pues es el único que puede representar a todos los hombres que han convenido en el contrato, pero esta fuente legitimadora es límite del ius puniendi, ya que como el Contrato Social es para la felicidad de los hombres, la Ley Penal debe tener como tarea más prevenir que retribuir.

La necesidad de la protección de la sociedad, mediante la garantía pertinente de los bienes jurídicos, no requiere de mayores argumentos. Pero ya no resulta tan obvio que la labor de protección social exija de echar mano de las penas o medidas de seguridad. La fundamentación puede estar en el hecho constatado, de que si bien es cierto que muchos que han delinquido vuelven a hacerlo, con lo que están acreditando la ineficacia de la pena, también es igualmente cierto que muchos otros, al reprimirse de sus posibles impulsos delincuenciales, están demostrando la eficacia de la pena.

En referencia al fundamento político, en el Estado liberal, la función de la pena tiene un doble aspecto: el de prevención de los delitos y el de retribución por el mal ocasionado. Pero aunque sea cierto que el Derecho Penal del Estado liberal admita la dualidad funcional (prevención y retribución) de la pena, según fuera considerada para el hombre, el ordenamiento jurídico penal de un Estado con proyección social no podría tener otra función en relación con la pena que la preventiva.

En el Capítulo Segundo, se habla de la ley penal, como una especie de la norma penal en cuanto a que la ley se caracteriza porque además de describir una conducta lleva implícita una pena para el caso de que la misma sea realizada. La norma no se deduce de la ley penal, sino que viceversa, la ley penal presupone

una norma previa de la que parte, lo que significa que la norma penal está contenida en la ley penal, al interpretar esos preceptos escritos, lo que se procura es descubrir el sentido de la expresión, que no se identifica con el objeto que tiene como elemento intermedio la significación, en este orden de ideas tenemos que: Interpretar es desentrañar el sentido de algo, ya sea material o espiritual.

Hablamos de la interpretación de la Ley Penal como un sistema complejo, en el que el sentido y el alcance de la interpretación pueden variar en atención a los sujetos que la realice, las fuentes que se tomen, los medios empleados o en orden al resultado. Una vez dictada la ley penal por el Estado, debe ser aplicada, y para ello es ineludible interpretarla, constituyendo esta función, la más elevada y difícil misión del juzgador. El tema de la interpretación penal constituye hoy en día, uno de los problemas más graves de la inseguridad jurídica por los que atraviesa México, ya que no obstante que todas las palabras que emplea la ley admite un solo significado, la interpretación textual o literal no es el único método de interpretación que se aplica en la práctica judicial; por tanto, la libertad personal de alguien dependerá en buena medida de los criterios de interpretación que se apliquen al momento de realizar el correspondiente estudio dogmático y determina la existencia o inexistencia del delito. Es por ello que existe la necesidad de interpretar la ley penal y quien más que los estudiosos de la misma y los que a su vez habrán de aplicarla, ya que la ley constituye un proceso irresistible, no obstante todas las prohibiciones.

La interpretación judicial que para nuestro trabajo es una de las más importantes, es la que se hace por los órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar las leyes según la verdadera voluntad contenida en ellas. Esta es la exacta función de los juzgadores en la hora de hoy, cuando el Derecho positivo, les vincula con la ley previa, sin que por ningún pretexto puedan sustituir las disposiciones vigentes con lo que aquellos crean oportuno o justo.

En el Capítulo Tercero, ya abordamos el Concurso Aparente de Normas, en el cual se abarca el tema de la pretensión normativa de un caso en particular, el cual por una pluralidad de disposiciones legales y de acuerdo al fenómeno de exclusión

habrá una prevalencia de una de ellas sobre las demás. Por ello, comúnmente se afirma la existencia de un Concurso Aparente, cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, de manera que se dice en el presente trabajo que el problema del Juez consistirá en dilucidar cuál norma debe aplicarse con exclusión de las demás.

Se estableció que el Concurso Aparente de Normas no es un fenómeno jurídico exclusivo del Derecho Penal, pues si se observan sus características se caerá en la cuenta de que su planteamiento rebasa ese campo y puede referirse a cualquier rama del Derecho Positivo, es decir, que éste tipo de situaciones puede presentarse en grupo de disposiciones de toda clase, ya que puede haber confrontación de normas que disciplinen circunstancias del delito, causas de justificación del delito, causas de extinción y en cuanto la aplicación de las penas de prisión previstas en los tipos penales que es precisamente el punto que tocamos, en este aspecto debemos destacar que la doctrina se ha inclinado hacia las normas incriminatorias, tanto así que el problema viene considerado en términos de las relaciones entre varias figuras delictuosas para determinar cuál de ellas debe tener concreta aplicación de parte del Juzgador, prevaleciendo una sobre la otra, y por cuales motivos se verifica la afirmación del concurso de delitos.

Comúnmente se dice que la trascendencia del conflicto de normas penales se limita, a los casos de concurrencia a la parte especial de los Códigos Penales. En esta clase de conflictos es la que con más frecuencia tienen que resolver los órganos jurisdiccionales.

En la parte especial frente a un conflicto de normas el intérprete deberá tener presente los elementos que constituyen rasgos comunes en las figuras delictivas, tratando de establecer la existencia del tipo, como concepto general y abstracto, para después determinar cuáles son los caracteres que las distinguen; así, es posible llegar a determinar cuándo una figura comprende a la otra, en razón de que sus elementos descriptivos, normativos o subjetivos tengan una mayor amplitud que sea capaz de absorber a la figura menor, excluyendo su aplicación.

En nuestra legislación pueden presentarse conflictos entre normas de la parte general y de la parte especial, en los siguientes casos:

1).- Concurrencia de dos normas penales, una de la parte general y otra de la parte especial que consagran una misma excluyente de responsabilidad pero con alcance diverso.

La doctrina ha señalado como hipótesis de los conflictos surgidos entre normas de la parte general, las siguientes:

1).- Concurrencia de conspiración y proposición.

2).- Concurrencia de grados de participación.

3).- Concurrencia de atenuantes y agravantes entre sí.

La aplicación de las reglas especiales para la punición del concurso criminoso depende de que en realidad un sujeto deba responder plenamente, en un mismo proceso, por varios delitos cuya concreta punibilidad esté vigente. Para que haya concurso criminoso y por tanto acumulación de penas, es necesario que varios tipos penales se ofrezcan como simultáneamente aplicables, ya sea porque los hechos juzgados se cometieron independientemente, o ya sea porque guardan ciertas relaciones entre sí, no resulten incompatibles o excluyentes. Cuando los varios tipos penales son simultáneamente aplicables, se habla de concurso efectivo o verdadero.

Así las cosas, en el Cuarto Capítulo, se indica que para resolver el conflicto entre dos o más normas incompatibles, es necesario determinar cuál de ellas es aplicable con exclusión de las demás, para ello la doctrina penal ha elaborado varios principios a saber, como son: a) el de la especialidad; b) el de la consunción o absorción; c) el de la alternatividad, y d) el de la subsidiaridad, sin que la existencia de los mismos signifique que su aceptación sea unánime.

Por último en el Capítulo Quinto, se establece el porqué el Derecho Penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente, sin uno, el otro pierde su razón de

ser: sin el Derecho Procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, porque no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial o administrativa correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal, se convierte en un formalismo absolutamente hueco.

Se hace mención que el Código Penal reúne el catálogo de conductas humanas que en un momento determinado, ponen en peligro los bienes individuales y colectivos más preciados, es ahí, en donde con forma de norma previene, motiva y finalmente, amenaza a posibles infractores con una pena. Pero tampoco puede abarcarlo todo, prevenir, motivar, amenazar y penar conductas que no son de extrema gravedad, lo haría fracasar rotundamente en su cometido.

Es la función de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal, necesaria para la autorrealización humana que necesita de presupuestos existenciales, que en tanto son de utilidad para el hombre en sociedad. Por lo tanto la estructura del poder no sólo representa al grupo dominante, sino a la única fuerza capaz de dirimir los conflictos que surgen entre los miembros de la sociedad, haciéndose presente la necesidad de una autoridad; la cual vale por las necesidades de los individuos, que encabeza una serie de formas y métodos de control social que busca no sólo la permanencia de la sociedad, sino su permanencia en el poder.

Ahora bien, para quienes de alguna forma, hemos tenido el privilegio de trabajar en la Procuración e Impartición de Justicia y algunos otros en Seguridad Pública, nos queda claro, que la delincuencia en lo que va de este siglo ha incrementado su capacidad lesiva y que ahora resulta más "inteligente" y sofisticada; que las instituciones y órganos encargados de combatirla y prevenirla, se han rezagado en cuanto capacidad de respuesta, por deficiencias en sus estructuras, sus atribuciones y que el marco legal que rige la materia, por decirlo así se ha visto rebasado en perjuicio de la sociedad, pues si bien los instrumentos de defensa y promoción de los Derechos Humanos, que en tratándose de justicia penal miran al

delincuente, se han modernizado y gozan de un protagonismo muy eficaz, las normas de representación social permanecen rezagadas, según los modos y usos del Código Penal de 1931, lo que ha provocado ineficiencia e impotencias de la autoridad ante el delito organizado, sí, pero también frente al delito convencional u ocasional.

Siendo precisamente este el punto toral de nuestro trabajo, el resaltar que el delito convencional como el que se presenta en el artículo 246 párrafo V, existe una coexistencia de normas que regulan un mismo hecho, como lo es la aplicación de Normas y Medidas de Seguridad, que se encuentra previsto en el Título Cuarto, precisamente en los Capítulos VII y VIII, artículos 84 a 88, y 89 a 91, todos en relación al artículo 72 del Código Penal, y para precisar nuestra afirmación se hizo necesario transcribir dichos preceptos y asimismo ir señalado en cada artículo el porqué se afirma que existe un Concurso de Normas y en forma precisa el Principio de Consunción. En el cual resulta innecesario que la conducta o el hecho consumidos estén comprendidos en la descripción del tipo consumidor, ya que basta que de éste último se desprenda la voluntad del legislador de castigar el acto mismo realizado y todos aquellos otros que ordinariamente lo acompañan y cuyo carácter delictivo autónomo debemos suponer, en consecuencia, ya previsto por el legislador e incluido en la penalidad que se atribuye al tipo consumidor.

De la lectura de los artículos ya mencionados, advertimos que el artículo 246 párrafo V, establece que todos los sentenciados por los delitos de Abuso de Confianza y Fraude en sus diferentes especies, podrán obtener su libertad una vez que lleven a cabo la Reparación del Daño, y se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que se le ha reparado el daño patrimonial.

Pues bien, es del todo claro que lo establecido en el artículo 246 párrafo V, se contrapone con lo señalado en el Título Cuarto, Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, precisamente en los Capítulos VII y VIII, artículos 84 a 88, y 89 a 91, todos en relación al artículo 72 del Código Penal.

Es de esta forma que fue necesario hablar de la reincidencia, que es aquella situación penal en que incurre el delincuente que habiendo sido juzgado y condenado en sentencia firme por un delito, comete otro u otros delitos. Si los delitos cometidos con posterioridad son de diferente tipo al anterior por el cual fue sentenciado y condenado como cosa juzgada, a esta reincidencia se le llama genérica. Si el delito en que incurre nuevamente es análogo o igual al antes cometido, se dice que la reincidencia es específica. La reincidencia es la recaída en el delito, luego entonces, es reincidente todo el que no es delincuente primario, sin que importen ni el lapso transcurrido entre uno y otro delitos ni el género ni la especie de éstos, entendiéndose que la reincidencia es genérica cuando consiste en la repetición de hechos delictuosos de cualquier especie que sean, y específica cuando son de la misma especie.

El agravio que la impunidad genera en la sociedad incrementa el sentimiento de inseguridad, deteriora el nivel de vida de la ciudadanía y genera desconfianza en las corporaciones encargadas de prevenir y procurar justicia, ya que, sin lugar a dudas, los índices de impunidad apuntan a una colusión de éstos con el hampa. Pero aún más grave, provoca un sentimiento de desánimo y de desaliento para participar en programas comunitarios que nos permitan ir ganando espacios a la delincuencia, inclusive para aquella que es una obligación básica: denunciar los delitos de los cuales somos víctimas.

De ninguna forma es cierto que en el párrafo V del artículo 246 del Código Penal, se prevea una regla especial, ya que ésta como anteriormente lo indicamos supone, una relación lógica, entre las normas, la cual fundamenta la prevalencia de una sobre otra, luego entonces, en tratándose de los **TIPOS PENALES** es válido sostener que la especialidad requiere que un tipo éste íntegramente contenido en el otro, aún cuando no se precisa que los elementos descriptivos sean idénticos, ya que también es específica una disposición cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que en una figura es más importante una descripción más minuciosa del hecho, por lo que es claro que cuando se habla del Principio de Especialidad, es porque ha de aplicarse a tipos penales, conductas ilícitas, como

los que se encuentran descritas en nuestro Código Penal, no así a las penas privativas de libertad o medidas de seguridad, que vienen siendo las consecuencias de tales conductas, ó a la extinción de la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, que sin duda alguna son tópicos distintos, consecuentemente el Principio de Especialidad no puede ser aplicado al artículo 246 Párrafo V, en relación a los artículos 84, 90 y 94, de acuerdo a los razonamientos antes señalados.

## CAPITULO I.

### 1.- DERECHO PENAL.

Cuando se habla de tan importante materia, lo primero que se tiene que abordar es saber porque la designación de “Derecho Penal”, así el Maestro Pavón Vasconcelos dice que en otros ordenamientos suelen denominarlo: “Derecho Represivo, Derecho de Defensa Social, Derecho Criminal, Derecho Sancionador o Derecho Restaurador”<sup>1</sup>, sin embargo dice el Maestro que las más comunes son: Derecho Penal y Derecho Criminal, seguramente por ser las más antiguas y designar mejor el contenido de las normas que se ocupan del delito, del delincuente, de las penas y medidas de seguridad.

Motivo por el cual para el presente trabajo nos referiremos de modo preferente a nuestra materia como Derecho Penal, por las siguientes razones:

\*Porque designa con mayor precisión al conjunto de asignaturas que se encargan del delito y de sus consecuencias.

\*Porque la doctrina extranjera y nacional han preferido esta nomenclatura.

\*Porque los planes y programas de estudio tanto de las universidades públicas y privadas han preferido trabajar con este nombre.

Ahora bien, las asignaturas que comprende el Derecho Penal son las siguientes:

\*La Parte General.

\*La Parte Especial.

El Derecho Penal, es un conjunto de normas establecidas en una ley, que describen comportamientos tenidos como intolerables o graves y los amenaza con reacciones represivas que son las penas, o en determinados casos, medidas de

---

<sup>1</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, Décimo Quinta Edición, México, 2000, pág. 23

seguridad. Se puede decir que el concepto de Derecho Penal se halla condicionado, por el ordenamiento penal vigente, no pudiéndose eludir tal exigencia normativa sin contradecir un supuesto de carácter básico que ha de ser previamente aceptado: el Derecho Penal es de naturaleza histórico positiva. Esta última afirmación, se fundamenta en la íntima relación que guarda el Derecho Penal con su objeto de estudio, esto es, el delito, un fenómeno que ha existido en todos los tiempos pero al que no siempre se le ha dado el mismo tratamiento. Difícilmente podemos concebir a una sociedad que prescindiera del Derecho Penal, porque de no contarse con él, existiría el caos y por consiguiente la destrucción del Estado de Derecho.

En cambio, desde una perspectiva sociológica, el derecho penal se configura como un instrumento de control social, esto es, como un mecanismo para obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. Elementos comunes a todas las formas de control social son la infracción o quebrantamiento de una norma, la reacción a ese quebrantamiento en forma de sanción y la forma o procedimiento a través del cual se constata el quebrantamiento y se impone la sanción.

El control social dispone de numerosos sistemas normativos, como por ejemplo la religión, la ética, el derecho civil etc., los cuales son ejercidos por diversos órganos como la familia, la iglesia, los partidos políticos etc., y estos a su vez, se valen de diferentes sanciones. Por tanto, el Derecho Penal es un subsistema total de control social. Lo que diferencia al Derecho Penal de otras Instituciones de control social es simplemente la formalización de control, liberándolo dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa y de la subjetividad propia de otros sistemas de control social.

El Derecho Penal es el instrumento más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan insoportables socialmente. El Derecho Penal como el conjunto de sistemas de control social, en tanto que pretenden evitar conductas y estimular otras, responden siempre a un sistema de valores a hacer justicia. El caso y precepto legal son los dos pilares sobre los que se asienta el

conjunto de justicia penal. Por ello, estos dos grandes ámbitos de la actividad jurídico penal deberían ser puestos en una equilibrada relación, a fin de evitar que el sistema del Derecho Penal y la propia formación de los penalistas se encaminen hacia lo normativo, en el plano de la ley, o bien hacia lo empírico, en el plano de la realidad.

Como instrumento de control social, el Derecho Penal se caracteriza por dos notas fundamentales: por ser un instrumento de control social primario y por ser un instrumento de control social formalizado. El primero pretende alcanzar sus fines mediante el procedimiento de amenazar con sanciones penales o medidas de seguridad, la realización de los comportamientos o la no realización de las acciones (delitos). El segundo se caracteriza porque su aplicación práctica debe estar rodeada de una serie de garantías que hagan de la misma una actividad perfectamente regulada y por consiguiente segura, previsible y perfectamente controlable en todas sus etapas. Por ejemplo nadie puede ser detenido, sino en los casos y condiciones que establece el artículo 16 de la Constitución Política.

En sí, es claro que el derecho Penal debe resultar su función y sobre todo, la prioridad de observar los principios que limitan el poder punitivo del Estado, por tanto:

“El moderno Derecho Penal es la parte del ordenamiento jurídico cuya característica fundamental es que limita el poder punitivo del Estado; su finalidad es la de proteger los bienes jurídicos indispensables para el ser humano y, para tal efecto, define como delitos determinadas conductas a cuya realización asocia como consecuencia jurídicas penas y/o medidas de seguridad.”<sup>2</sup> Consideramos que el sistema penal mexicano se ha caracterizado en los últimos años por agravar penas, crear injustificadamente tipos penales, pasando por alto los principios que fundamentan el poder punitivo del Estado. No se debe permitir que en nuestro país el Derecho Penal se utilice, como un instrumento para conservar el poder o materializar las venganzas políticas.

---

<sup>2</sup> PEREZ DAZA, Alfonso. Derecho Penal, Tomo I, Editorial Daza Canseco S.A. de C.V., Primera Edición, México, 2008, pág.20

A pesar de que este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, sino también de otros muchos países, lo que vivimos actualmente es una crisis de inseguridad jurídica. Partimos de la hipótesis de que el Derecho Penal en México se encuentra en crisis como consecuencia de la falta de equilibrio entre libertad y seguridad, esto es, entre prevención del delito y respeto a las garantías individuales. La balanza se ha inclinado en México a favor de la inseguridad, tal como se desprende de las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales del 8 de marzo de 1999, cuando regresamos a la figura del cuerpo del delito y dejar a un lado la figura de elementos del tipo.

En esencia el Derecho Penal es precisamente la norma jurídica, cuya estricta observancia impone a sus destinatarios mandatos, prohibiciones o permisiones establecidas en el ordenamiento jurídico positivo. Es importante distinguir entre la norma penal y el artículo del Código Penal (ley). La norma penal indica qué conducta está prohibida u ordena lo que debe hacerse y asocia su realización u omisión con una pena o medida de seguridad, situación que no se deriva de una simple descripción de un supuesto de hecho contenido en un artículo del Código Penal. El Maestro Polaino Navarrete explica que “el tipo penal en sí constituye un instrumento técnico del legislador penal y, en cuanto tal, traduce, de forma más o menos exacta, la voluntad del legislador exteriorizada a través de la norma prohibitiva o preceptiva”.<sup>3</sup> Mientras que el tipo penal establece el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, mediante una proposición enunciativa constituida por una afirmación, la norma penal es una orden de validez que nos dice lo que debe de hacerse.

La norma en general (Código Penal y Código de Procedimientos Penales), es toda regla que oriente y discipline todas las conductas humanas; la norma jurídica y por ende, la norma penal cumple esa misma función, pero reforzando su poder de orientar y disciplinar mediante una coacción en forma de amenaza de pena a

---

<sup>3</sup> PAOLINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona 1996, pág. 88

quien le infrinja. Ese carácter de obligatoriedad es el que diferencia a las normas jurídicas de las que no lo son, por ejemplo de las normas morales.

La estructura formal de una norma penal es de una proposición, compuesta de dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica, debiéndose articularse como proposición hipotética, de que si sucede el supuesto de hecho debe darse la consecuencia jurídica.

En consecuencia, el sentido hipotético en que aparecen expresadas las normas jurídico penales indica que su aplicación está condicionada a la aparición del supuesto de hecho en el mundo fáctico. No obstante a ello, es importante analizar la clasificación elaborada por la Teoría General de Derecho, que distingue entre norma primaria y norma secundaria, para no incurrir en un error, pues podría señalarse que la eficacia de la norma penal es nula por manifestarse en forma posterior, es decir, cuando el hecho dañoso socialmente ya se ha producido.

En este orden de ideas tenemos que la norma primaria manifiesta la decisión de prohibir un comportamiento, esto es, su calificación como algo que pretende ser evitado desde la perspectiva del Derecho Penal, de modo que se estima que tiene sentido de dirigir una conminación penal y limitar consiguientemente el ámbito de actuación de los ciudadanos mediante la amenaza de la pena, a fin de disuadir a los ciudadanos de la realización de tal conducta. En cambio en la norma secundaria expresa la segunda decisión político criminal fundamental: la que lleva a ya no limitar la esfera individual de libertad de acción a través de la amenaza de la pena, sino incluso a incidir directamente, en términos limitadores, sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el castigo.

La nota característica del Derecho Penal es la pena, instrumento punitivo con que cuenta el Estado para prevenir ciertos comportamientos y es precisamente, ésta la que diferencia nuestra materia de otras disciplinas. Dicha consecuencia tiene como presupuesto el delito que es el objeto del estudio de la Ciencia del Derecho Penal y particularmente de la Teoría General del Delito, que es "la parte general del Derecho Penal que se compone por un conjunto de estructuras que estudian el

origen y la evolución de las tendencias dogmáticas; estudia los elementos que integran o desintegran el delito; es el puente que une al mundo fáctico y el mundo normativo y piedra angular de la ciencia penal”.<sup>4</sup> Entonces en este momento cabría definir en una primera instancia qué es lo que se entiende por delito, según el artículo 3. (Prohibición de la responsabilidad objetiva.) Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, debe realizarse dolosa o culposamente como lo establece el Código Penal para el Distrito Federal. Esta es sin duda una definición formal, porque carece de la dimensión estrictamente valorativa que representa el antecedente lógico de la prohibición, y nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la Ley Penal. De acuerdo con lo antes señalado la definición de delito debe contener el desvalor de la acción, el desvalor del resultado (elementos que conforman el injusto), así como el juicio de imputación subjetiva (culpabilidad), es así que por delito debemos entender: “es materialmente, la acción u omisión típica, antijurídica y culpable”<sup>5</sup>. En conclusión, el concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado un juicio de valor que recae sobre un hecho acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio se le llama injusto penal o antijuridicidad y al segundo culpabilidad, responsabilidad o imputación personal.

En cuanto a la pena, podemos decir que es la consecuencia del delito, la misma encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro, la pena se dice debe ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal.

La pena coincide con la aparición del ser humano, pero es hasta el Derecho Penal moderno cuando surgieron los discursos justificadores del ius puniendo. A partir de la ilustración se cuenta con diversas definiciones, por ejemplo el maestro Jorge Ojeda Velázquez considera que “la pena es la privación o restricción de los bienes

---

<sup>4</sup> MARTINEZ JIMENEZ, Javier. Fundamentos de la Teoría General del Hecho Punible, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, México, 2003, pág. 40.

<sup>5</sup> PEREZ DAZA, Alfonso. Op. Cit., pág. 32.

al autor del delito que el Poder Ejecutivo lleva a cabo por la prevención especial, determinada jurídicamente en su máximo por la punición impuesta en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre”.<sup>6</sup> Por otra parte el Maestro Alfonso Pérez Daza, considera que “la pena es, efectivamente, la privación de los bienes jurídicos o restricción de los derechos prevista en la ley, impuesta coactivamente por el Estado al responsable de un hecho delictivo. Consideramos que es la forma más grave de reacción de que dispone el ordenamiento jurídico y no importando cual sea la finalidad de aplicar una pena, siempre será materialmente un castigo”.<sup>7</sup>

Por último, es importante destacar cual es la naturaleza de la pena, para ello se debe distinguir entre la justificación, fundamento, finalidad y función de la pena, así tenemos que la pena es una consecuencia jurídica del delito, su fundamento es el delito cometido y sus fines son los de la Prevención General y Especial.

En cuanto a su concepto cada autor le ha dado un toque personal, lo anterior debido a que su estructura se conforma prácticamente con los mismos elementos, así tenemos que el maestro Carranca y Trujillo dice: “siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el ius puniendi, y con las condiciones que, según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será la retribución del mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según condiciones individuales”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo, Editorial Trillas, Primera Edición, México, 1990, pág. 80.

<sup>7</sup> PEREZ DAZA, Alfonso. Op. Cit., pág. 35.

<sup>8</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Séptima Edición, México, 2007, pág. 755.

## 1.1.- CARACTER CONSTITUTIVO O SANCIONADOR DEL DERECHO PENAL.

Por principio de cuentas y con el objeto de ilustrar de mejor manera el carácter sancionador del derecho penal, se hace necesario explicar: ¿de dónde proviene tal carácter?, ¿quién lo sustenta? y ¿en base en qué?, y para poder dar respuestas a estas preguntas es necesario describir que es el Estado, luego entonces se dice, que el Estado es en términos jurídicos una persona moral neutra por encima de las formas de gobierno que en el que se encuentran vigentes. En términos políticos es un instrumento de dominación en el que reside el monopolio legítimo de la coerción. Sobre él hay dos maneras de entenderlo, por una parte es un ordenamiento jurídico vigente en un territorio en el que se aplican sus normas, o como un conjunto integrado de elementos sociológicos e históricos. El Estado también puede ser estudiado desde distintos planos: el sociológico para determinar la influencia que los grupos ejercen en él; el jurídico como manifestación de normas jurídicas que le dan vida institucional; el económico con el propósito de conocer el papel que tiene en el mercado como equilibrador o distorsionador de las relaciones económicas y desde el plano ético para saber si un tipo concreto de Estado responde a lo que la sociedad considera valioso, por ejemplo la justicia, la libertad o para determinar si el Estado es un medio y una condición para asegurar las respectivas esferas de libertad de los ciudadanos por medio del Derecho.

El Estado ha sido definido como la sociedad territorial jurídicamente organizada, con un poder soberano, que persigue el bienestar general. El Estado es una institución con personalidad jurídica, cuyo fundamento es la interacción social entre hombres como individuos igualmente libres e independientes, vinculados por su propia voluntad expresada jurídica y políticamente. La historia demuestra que el Estado, como aparato especial de coerción, surge donde y cuando aparece la división de clases en la sociedad, es decir, grupos sociales, uno de los cuáles está en situación de apropiarse del trabajo ajeno y de explotar a los otros grupos. “Montesquieu en su obra *El Espíritu de las Leyes*, publicada en 1748, atribuyó al

Estado tres funciones esenciales: crear leyes que gobiernen al pueblo, aplicarlas y resolver el conflicto y las diferencias que se presenten entre los individuos”.<sup>9</sup> Esta visión acerca del papel del Estado representativo llevó a plantear la separación o división entre las funciones del poder, otorgando a tres órganos distintos como son: legislativo, ejecutivo y judicial, con el fin de alcanzar un equilibrio en el mismo, capaz de garantizar la libertad y contrarrestar los peligros del abuso del poder y evitar sanciones excesivas.

Pero como es que nace el carácter sancionador del Estado, al respecto la historia refiere que fue una necesidad social de origen económico la que hizo aparecer entre los pueblos dos instituciones orientadas a evitar la desaparición de los grupos y el deterioro de sus economías, algunos autores dicen que fueron:

La Ley del Talión: el daño que se causara en la represalia debería ser en igual proporción al daño que fue causado por el agresor (ojo por ojo y diente por diente).

Compositio: Se renuncia al derecho de la venganza a través de una transacción comercial. El ofendido, a cambio de no vengarse, recibe algún bien determinado.

Otros autores señalan de las siguientes Instituciones:

La Contienda: venganza particular admitida por las leyes medievales.

La Penance: pena pecuniaria debida al injuriado impuesta por una autoridad distinta de la judicial.

En cuanto a esta última, una asamblea de hombres libres, se reunía para efectuar un juicio en el que se obligaba al culpable al pago o Penance, de modo que la venganza de la parte injuriada no derivaba en una contienda de sangre. La penance era cuidadosamente graduada según el status social del delincuente y de la parte ofendida. En este punto de la historia se inicia el proceso de expropiación del derecho de venganza a los particulares para ser monopolizado por quien detenta el poder. Éste se apropia el derecho para decidir qué es lícito y que no, así como el derecho de sancionar. La transición de venganza privada a pública, se

---

<sup>9</sup> GARCIA GARCIA, Leticia. Derecho Ejecutivo Penal, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2005, pág. 6.

inicia con la aparición del Procurador, que representaba al señor feudal en los juicios, hace a un lado a la víctima. Tres son los factores, que convergen para eliminar el carácter privado del Derecho Penal en la alta edad media y transformarlo en instrumento de dominación social: el primero, el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales; el segundo, la lucha de las autoridades centrales por incrementar su influencia extendiendo sus derechos jurisdiccionales; y el tercero y más importante, los intereses de tipo fiscal. Esto es, el intento de obtener ingresos de los fondos de administración de justicia criminal, constituyó uno de los principales factores para transformar al Derecho Penal, de un mero sistema de arbitraje entre intereses privados, en una parte fundamental del Derecho Público. La impartición de justicia fue una función expropiada a los civiles por el grupo en el poder, éste se arroga al ius puniendi y desde entonces existe el mito del progreso del orden jurídico penal.

Pero porque decimos que el Derecho Penal es por excelencia, por decirlo así tres veces público; porque si se parte de la división tradicional entre Derecho Público y Privado, en donde el señalado en primer término en el cual se dan las relaciones del Estado con los particulares, en tanto que en el segundo se da la relación que existe entre particulares, debe concluirse que el Derecho Penal tiene sin lugar a dudas naturaleza pública, pues en esta relación en donde interviene el Estado como ente soberano sobre los gobernados.

“El Derecho Penal es Derecho Público, no sólo por la indisponibilidad de las relaciones que regula y por el primordial interés común que en ellas se cifra, sino también de manera especial, porque representan una típica y directa manifestación de la soberanía.”<sup>10</sup> En segundo lugar su naturaleza pública se debe al órgano encargado de la creación de Leyes penales; es decir al Órgano Legislativo, por lo tanto se dice que es un Derecho Público, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones.

---

<sup>10</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1992, pág. 23.

Siendo en efecto, actualmente la facultad de legislar y hacer justicia, un atributo de la soberanía y siendo los Estados de la República teóricamente soberanos en cuanto a su régimen interior conforme al artículo 40 de nuestra Carta Magna, claro está que a ellos corresponde dictar las leyes que estimen convenientes para la represión de los actos que consideren nocivos dentro de su territorio, es claro que las leyes penales son esencialmente territoriales, pero además podrán señalar y nombrar a los funcionarios que deban aplicar y ejecutar las leyes. En tercer lugar, lo público del Derecho Penal, se debe a que gracias a la intervención del Estado por conducto de sus órganos de procuración y administración de justicia se materializa el Derecho Penal, sin ellos no se explica su existencia, es decir, la función de realizar el derecho Penal, consiste en manifestarlo y ejecutarlo en los casos en concreto, pertenece exclusivamente a los Órganos del Poder Público.

Los Doctrinarios del Derecho Penal han discutido largamente sobre el carácter constitutivo o sancionador del Derecho Penal, lo que ha llevado discutir sobre un punto trascendental como lo es: la autonomía o no autonomía de nuestra materia.

Derivado de esta discusión, dice el Maestro Celestino Porte Petit “se han elaborado las siguientes teorías:

\*La que sostiene el carácter constitutivo o autónomo.

\*La que sostiene el carácter sancionador.

\*La que le da el carácter de esencialmente constitutivo y excepcionalmente sancionador.

\*La que estima que es esencialmente sancionador y excepcionalmente constitutivo.”<sup>11</sup>

Al afirmar que el Derecho Penal es sancionador, se sientan, por lo común, dos premisas que juzgamos necesario distinguir. Por un lado, como la denominación primeramente lo indica, se señala que, en materia penal, el Estado se vale como

---

<sup>11</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésima Primera Edición, México, 2007, pág. 22.

ultima ratio del resorte más poderoso de que dispone para el mantenimiento del orden jurídico: las sanciones penales. Por otro lado, se quiere asignar a las leyes penales una función secundaria o accesoria de las otras ramas del Derecho: para quienes así piensan, la aplicación de las sanciones no es solamente una característica diferencial, peculiar de nuestra disciplina, sino la consecuencia de su carácter accesorio, por obra del cual su función se limita a la aplicación de sanciones a aquellos actos que han sido valorados como antijurídicos por otras leyes. O, dicho de otro modo, su carácter secundario resulta claro del hecho de que entra en funciones tan sólo cuando resultan ineficaces los medios de coacción utilizados en otras ramas del Derecho.

## **1.2.- TESIS QUE SOSTIENE EL CARÁCTER CONSTITUTIVO.**

Los que defienden esta posición, estiman que de negársele esta autonomía equivaldría a aceptar que la ley penal vendría de esta manera a imponer sólo sanciones penales a la violación de preceptos contenidos en otros sectores del ordenamiento, como lo son el Derecho Civil, Administrativo, Mercantil etc., con la consecuencia de que el Derecho Penal sería un conjunto legislativo del cual no emanarían disposiciones, sería dicen los representantes de esta tesis un Derecho cojo, que pediría a los Derechos antes mencionados auxilio para poder realizar su tarea.

“Los fundamentos principales de esta tesis son:

\*Que el precepto como la sanción son partes constitutivas de la ley penal.

\*Que existen bienes que tiene únicamente una tutela o protección penal, y por tanto, tiene el Derecho Penal autonomía de contenido.

\*Que no obstante que un bien esté tutelado penalmente, así como por otra rama del Derecho, la tutela penal gira alrededor de un interés social.”<sup>12</sup>

Para esta tesis, el Derecho Penal es principalmente constitutivo, y por excepción sancionador, en virtud de que protege innumerables bienes jurídicos que no tutelan otras ramas del Derecho, amparado en esos casos determinados bienes jurídicos a su vez tutelados por el Derecho Civil u otro ordenamiento, dando lugar, a que pueda sostenerse por el Derecho Penal es esencialmente constitutivo y por excepción sancionador; pero aun aceptando que en algunos casos proteja los mismos bienes que los de las otras ramas, el Derecho Penal, lo hace desde un aspecto diferente de aquéllas, porque no los tutela desde un ángulo particular sino general, habida cuenta que su ámbito es más amplio, es decir, la protección es en base al interés social, que por otra parte, tiene indudablemente un contenido propio.

Así pues, al establecerse que el Derecho Penal es autónomo es por ende constitutivo, porque en la realidad de la vida, la tarea no está limitada en la definición y sanción de los tipos, ni de la ley toda, por una norma jurídica. Las limitaciones resultan únicamente de las normas de cultura y no pueden tener otro significado que el de que una exigencia ética.

### **1.3.- TESIS QUE SOSTIENE EL CARÁCTER SANCIONADOR.**

Todo pensamiento tiene una historia, eso significa que para comprenderlo cabalmente tenemos que captar su génesis y además verlo hacia el futuro, hacia donde apuntan sus potencialidades aún no desarrolladas. Sabemos y entendemos que nada surge espontáneamente y que ninguna realidad existe en la quietud o

---

<sup>12</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. Pág. 22.

inmovilidad, que el presente debemos comprenderlo como la unidad indisoluble del presente y del pasado.

Nuestra época surgió bajo el impacto de la ciencia, la tecnología y el pensamiento racional: sus orígenes están en la Europa de los siglos XVII y XVIII. La cultura industrial fue forjada por la ilustración, por los libros de los pensadores que luchaban contra la influencia de la religión y el dogma que querían remplazar por un enfoque más razonado de la vida práctica. Los filósofos ilustrados trabajan como una máxima simple pero aparentemente muy poderosa. Cuanto más capaces seamos de comprender racionalmente el mundo y a nosotros mismos, mejor podremos manejar la historia para nuestros propósitos. Debemos librarnos de nuestros hábitos y prejuicios del pasado para tratar de controlar el futuro. Sin embargo el mundo en el que nos encontramos hoy, no se parece mucho al que se pronosticó en el pasado, pues nuestro presente cada vez está más fuera de nuestro control, solo por poner algunos ejemplos: la crisis económica mundial, los cambios climáticos mundiales, la pobreza extrema mundial (hambruna).

Desde este punto de vista, la historia de aplicación de la pena no es la excepción, su análisis, no aporta nada nuevo, sigue siendo un ejercicio de poder puro y llano, la pena es aplicada siempre en un marco de necesidad de legitimación que enarbola fines atribuidos al ejercicio punitivo. Entendemos la historia pero esta sigue sin ser cambiada, es obvio que se siguen enarbolando fines que no son cumplidos. En la época del Derecho Penal moderno, aun se pretende con la punición, prevenir el delito intimidando, readaptando y segregando.

Al tener el Estado en sus manos el derecho o facultad de creación de las normas jurídico penales, tiene también, a través de éste, la oportunidad de dirigir el control punitivo hacia los sectores deseados, hacia aquellos sobre los que se quiere hacer más manifiesto el ejercicio del poder. En virtud de que la única pena psicológicamente existente y socialmente visible es la de prisión. "El Estado que conocemos y ante quien debatimos, utiliza la legalidad para legitimar su intervención y poder represivo, y la presenta como bandera ideológica de sus

fundamentos. El poder se encarga de castigar como un derecho”.<sup>13</sup> Para entender el carácter sancionador del Estado, es necesario hacer un breve recorrido por la historia, con el fin de explicar cuál es la justificación del ius puniendi a favor del Estado, así tenemos que en el periodo absolutista, el monarca recibe el poder directamente de Dios. Ya desde San Pablo la idea permanece clara, la autoridad es por designo de divino, lo cual tiene como consecuencia que éste es el titular del poder para castigar. El Estado absolutista y su combinación con la venganza pública permanece por varios siglos, hasta que por el movimiento armado en Francia se provoca el cambio al Estado liberal. Previo a la revolución francesa, se proponía una sesión voluntaria de libertades al grupo en el poder, quien por esta razón sería el titular del ius puniendi. El Estado liberal, bajo la influencia del iluminismo propone ya el respeto para el individuo e introduce la idea de la democracia, donde el titular del ius puniendi será el representante del pueblo, pero a pesar de ser ideológicamente aceptado, el Estado liberal mostraba en realidad fuertes contradicciones: una sociedad de poseedores y no poseedores, igualdad política y desigualdad económica; autonomía ética y dependencia económica etcétera.

En busca de legitimación, el Estado se ve en la necesidad de inventar estrategias de intervención en el mercado, con el fin de postular la defensa de los sectores sociales débiles. En esta etapa de la historia, con el Estado intervencionista, los problemas son determinados científicamente, en el aspecto del Derecho Penal, surge la criminología, la prevención como fin de aplicación de la pena y el establecimiento de medidas de seguridad. Después de la segunda guerra mundial y advirtiendo lo que una medida de seguridad puede ocasionar, se indaga sobre los límites formales y materiales del ejercicio del ius puniendi como facultad del Estado, y surge un movimiento mundial que antepone el respeto por los derechos humanos (1948) a dicho ejercicio.

El Estado intervencionista cede el paso al Estado neoliberal en el que actualmente nos encontramos y en el que la situación se advierte con una serie crisis

---

<sup>13</sup> GARCIA GARCIA, Leticia. Op. Cit., 82.

económica, deudas externas, recortes de presupuesto en reglones de asistencia social, trayendo como consecuencia el endurecimiento del Derecho Penal y finalmente su crisis y simplemente ahora se vuelve a repetir. Para explicar este fenómeno, es necesario recordar las consecuencias del cambio de modo de producción feudal tradicional al capitalismo incipiente.

Con la aparición de la industria y el comercio como fuentes importantes, los señores feudales abandonaban la agricultura que era la actividad tradicional y adoptaban la ganadería bovina que abastecería de lana a la industria textil, esto representaba un mayor ingreso debido a la demanda en dicho sector, sin embargo, esto significó el desempleo, el número de personas requerido para vigilar un rebaño de ovejas era muy inferior al que se necesitaba en las labores del cultivo. La consecuencia fue la emigración de la población a las grandes ciudades, mismas que se llenaron de mendigos y vagabundos, esta situación y la necesidad de la mano de obra al menor costo, provocaron que el Estado creara por un lado, leyes que establecían la pena de muerte contra la vagancia y por otro lado, las casas de trabajo.

Pero retomando el punto del Estado neoliberal, nos enfrentamos nuevamente a un cambio en el modo de producción. Dentro del capitalismo propiamente dicho, aparecen las figuras de los propietarios de los medios de producción y los obreros pertenecientes al proletariado. En el Estado neoliberal, pero es claro que ya no es necesario ser propietario de los medios de producción para generar ganancias y aumentar capital, sólo se requiere de invertirlo en acciones o casas de bolsa, los problemas del manejo de una fábrica o empresa desaparecen y los rendimientos son mayores, un claro ejemplo de esto son los países europeos: Italia, Francia, Inglaterra, Suiza entre otros, que han disminuido las fábricas en sus territorios, trasladándolas a los países subdesarrollados como por ejemplo en América Latina y de esta manera han demostrado su poder capitalista.

Dicho cambio de modo de producción a través de los años ha dado como consecuencia el desempleo, lógicamente también se ha dado la misma solución por parte del Estado ante este problema, que es de nueva cuenta el

endurecimiento del Derecho Penal, en esta ocasión y en respuesta al desempleo, lo que se ha dado es un incremento de hipótesis de conductas delictivas en la normatividad penal para los delitos patrimoniales, pero más propiamente para el robo. No obstante, a pesar del endurecimiento del sistema traducido en el incremento de penas, el resultado ha sido el aumento de criminalidad. Todo lo antes señalado ha ocasionado el desempleo creciente ocasionado por el momento económico que vive nuestro país, y por otro el aumento de la criminalidad a pesar de las medidas de política criminal como lo son el incremento de las penas, lo que ha dado como resultado una crisis en el Derecho Penal. En consecuencia, si por el Derecho Penal el Estado justifica su existencia, esta crisis provoca la transformación del ius puniendi en un ejercicio de poder en el que los límites muchas veces son rebasados.

El abuso que el Estado hace en la utilización de las penas, se debe a la necesidad de adecuarse a nuevos imperios económicos que generalmente consisten en recortes del gasto social. La crisis económica ha agudizado las necesidades sociales imposibles ya de ser satisfechas por un Estado asistencial y benefactor. El sistema debe protegerse de la potencial peligrosidad de una masa creciente de ciudadanos marginados. El consenso, legitimador del Estado social, por sí solo es incapaz de asegurar de forma pacífica un gobierno sin crisis; por lo que precisa de acuerdo a los intereses del grupo en el poder de un Derecho Penal fuerte y autoritario.

Otra manifestación autoritaria es sin duda, la proliferación en el ámbito jurídico político de un determinado tipo de legislación especial o excepcional, que con frecuencia contiene preceptos que rondan en la anticonstitucionalidad. Los ataques al Estado de Derecho se centran en varios niveles: en el nivel de la toma de decisiones políticas y en el nivel de elaboración de las leyes, a través de una progresiva limitación de los derechos y libertades fundamentales. Se han empleado distintos argumentos para justificar la limitación de los derechos y las libertades fundamentales: defensa del bien común, salvaguarda de valores superiores, protección del orden democrático.

## 2.- EL OBJETO GENERAL DEL DERECHO PENAL.

En la parte general en esencia se realiza el estudio de los fundamentos o principios teóricos del Derecho Penal en general, es decir, de las reglas generales, de la ley penal, del delito y de sus consecuencias; por lo que siguiendo con la posición de la Doctrina Mexicana, podemos señalar que la parte general encamina su estudio en los siguientes temas:

\*Teoría de la norma penal.

\*Teoría del delito.

\*Teoría de las penas y medidas de seguridad.

El maestro Eugenio Raúl Zaffaroni dice. “que La parte general del derecho penal es una exposición teórica que debe responder a tres preguntas fundamentales: 1) ¿Qué es el derecho penal?, 2.- ¿Qué es el delito?, 3.- ¿Cuáles son las consecuencias penales del delito?”.<sup>14</sup> Sin duda alguna la misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos; para tal efecto se dictan las leyes penales; es decir, la finalidad de esta rama punitiva del Derecho es regresar al orden social, conservarla para vivir de manera pacífica; por el contrario, viviríamos en un estado de zozobra y se perdería lo que nos queda del Estado de Derecho, sería el ocaso de nuestra sociedad.

El fin del Derecho Penal en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea, de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al Derecho Penal tutelarlos todos sino solamente aquellos intereses merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, la que se otorga por medio de la amenaza y

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, Cuarta Reimpresión, México, 2000, pág. 41.

ejecución de la pena, es decir, aquellos intereses que requieren de una defensa más enérgica. El delito representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo, pero atenta siempre en forma inmediata y mediata, contra los derechos del cuerpo social. Por eso es que la aplicación de las leyes penales no se deja librada a la iniciativa o a la potestad de los particulares, salvo contadísimas excepciones: aunque la víctima de un delito perdone a su ofensor, corresponde al poder público perseguir y juzgar al delincuente. De ahí que el Derecho Penal sea considerado, a justo título, como una de las ramas del Derecho Político, ya que son públicos en definitiva los intereses tutelados y es pública la sanción impuesta a quien los ataca. Pues además hay que destacar que tanto al Derecho Penal como al Político comparten la idea de protección y defensa de la convivencia humana. No olvidemos también que el contenido de muchos delitos está condicionado a la realidad política dominante en cada momento histórico. En estos términos, podemos decir que el Derecho Penal como conjunto normativo cumple con una función de mantenimiento y protección de un sistema de convivencia y sólo dentro del sistema puede explicarse. Para lograr tal fin, el Estado está facultado y obligado a la vez, valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

Existe obviamente una jerarquía de los bienes jurídicos que es social y política y no depende del puro capricho de la ley, al menos mientras ésta quiera permanecer en los marcos de un Estado de derecho social y democrático. Dentro de este marco, la protección del individuo es la verdadera y última razón de ser del derecho y del Estado, de suerte que éstos existen y funcionan al servicio de esta razón y no, al revés, los individuos al servicio de la razón del Estado. Es de esta manera que se pueden clasificar los bienes jurídicos en individuales (protegen a la persona, su dignidad y libertad, sus derechos subjetivos, sus intereses fundamentales y sus expectativas sociales), colectivos (miran a la tutela de la comunidad o de colectividades) e institucionales (atienden a la tutela del Estado), pero teniendo en cuenta que toda la protección se dirige al fin de cuentas al individuo y por tanto la de bienes jurídicos colectivos o difusos, de una parte, o

institucionales o estatales, de otra, está en función del mejor, más amplio y efectivo disfrute de los bienes jurídicos del individuo y de la satisfacción de las necesidades básicas del mismo. De esta manera, hay en el fondo solo dos grandes clases de bienes jurídicos, los básicos, que atañen al individuo, su integridad, desarrollo y participación, y los funcionales del sistema (subdivididos en colectivos o difusos, institucionales y de control), referidos a asegurar el poder del Estado en función de todos los demás sistemas de niveles jurídicos, como lo son la colectividad y el individuo.

De acuerdo con su disposición de protección, los tipos penales encuentran su razón de ser y los límites de funcionamiento en la tutela punitiva de determinados bienes jurídicos. Ello significa, sobre todo, que el delito no se agota formalmente en la previsión o definición que de él hace la ley, sino que substancial o materialmente consiste en una conducta humana que amenaza o lesiona seriamente uno o varios de tales bienes. “En realidad, es por esta lesividad para los bienes jurídicos y por tanto para la paz y la subsistencia sociales por lo que la ley erige en delito, es decir, amenaza con pena criminal una seria conducta. Siendo esta la razón de la ley, se ve claro que su fin no es otro que el de otorgar a esos bienes la mayor protección que el derecho positivo dispone, el cual es de amenazar con la imposición de una pena determinadas acciones que atenten contra ellos en forma seria y, proporcionalmente grave”.<sup>15</sup> Con lo antes señalado podemos establecer que sin duda, la pena criminal es una función exclusiva del Estado y en cuanto tal, los funcionarios y los órganos de este no pueden crearla o aplicarla sino para proteger la vida, honra y bienes de la persona, o para asegurar que el propio Estado o los particulares cumplan con sus deberes sociales, que con toda seguridad no son lo mismo que los deberes morales, pues se trata de la vida institucional y no de la vida privada. Así pues, es inconstitucional la ley que instituya penas que no tengan por fin evidente la tutela de bienes jurídicos determinados de los ciudadanos o del Estado, es decir, que defina como hechos

---

<sup>15</sup> REYES ECHENDIA Alfonso. Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, Segunda Edición, Colombia-Bogotá, 1989, pág. 37.

punibles conductas que no los afectan con un daño o un peligro proporcional a la gravedad de la pena que amenaza.

En este orden de ideas podemos decir que los bienes jurídicos son creados por la vida social y no por el Derecho Positivo, luego entonces, se desprende para el poder punitivo una limitación muy importante, debido a que la vida social, es tan agitada a veces, crea una gran multiplicidad de intereses vitales y expectativas para el individuo, la comunidad y el Estado. Si todos o cualquiera de estos intereses pudieran ser penalmente tutelados, no solo se obtendría, contra todo lo esperado, deseado y postulado, un llamado derecho penal máximo, pero con esto se lograría una verdadera e insoportable penalización de la vida social que la haría justamente invivible. Claro que ya es algo que el objeto de protección no pueda ser una invención cualquiera del legislador, sino que este deba circunscribir la punición contra los ataques a los bienes sociales, pero es claro que la selección de los mismos es problemática y no se puede decir que se haya encontrado un criterio definido para esta tarea.

Por último, en cuanto este apartado podemos decir que sin duda el objeto General del Derecho Penal al igual que cualquier otra rama del Derecho, lo es el establecer el principio de igualdad de las personas ante la ley, que es sin duda el origen y la base del Derecho moderno. La concepción y realización de la norma jurídica como prescripción general, abstracta e igualitaria, solo se hizo posible con la aparición del concepto jurídico de persona aplicado a todos los individuos, sin discriminación alguna, en un mínimo pero irreducible sentido de capacidad de derecho e inviolable subjetividad moral, sentido al que por cierto se agregan hoy, en la ideología liberal del Estado social y democrático de Derecho y en los recientes textos internacionales sobre derechos humanos, en los que se habla de la dignidad humana y el de su libertad, que la hace considerar como un ser responsable y desde luego, éticamente autónomo. El principio, pues, aunque evidentemente de carácter formalista, no puede prescindir de ciertas determinaciones materiales y su fin es precisamente lograr la igualdad de

oportunidades y la satisfacción de las necesidades básicas para todos los que vivimos en una sociedad.

Ahora bien, la igualdad es derivación de la idea de justicia, pero no contribuye a legitimar nada cuando se trata de igualdad, aun legal, en un tratamiento muy difícil como lo es la procuración e impartición de justicia. El rompimiento de la regla de igualdad se puede admitir únicamente en cuanto no se vaya más allá de la causa objetiva que la justifique. “Conviene sí distinguir entre la regla de igualdad, en atención a la cual la ley no puede disponer discriminaciones odiosas, injustificadas, desproporcionadas o excesivas, la igualdad de medida que prohíbe al juez aplicar la ley con criterios o raseros distintos para resolver los múltiples casos que se le presentan. Esta última se torna muy problemática frente a cambios frecuentes y sorprendentes de jurisprudencia frente a la misma ley y a la multiplicidad de criterios individuales de los jueces para resolver casos similares en condiciones similares.”<sup>16</sup>

El principio de igualdad ha sido objeto de severas impugnaciones por parte de la política criminal, en donde se ha asegurado que no existe Derecho más desigual que el Derecho Penal, por la simple razón de que prohíbe tanto a los ricos como a los pobres robar pan y mendigar en las calles, es decir, el Derecho Penal le da carácter general a la criminalidad, pero los mecanismos de persecución penal son desiguales, porque su persecución está dirigida a las clases desposeídas, ostentando las clases prepotentes una aureola, constituida por diversos mecanismos sociales que procuran su inmunidad fáctica. Estas desigualdades se traducen normativamente en las escalas de valores de las leyes penales, lo que se ve en la elaboración de los Códigos Penales, en donde claramente se observa el sentido clasista, ya que sin duda la gente con menos recursos económicos es la que está llenando los centros penitenciarios.

Por eso se dice que en la práctica, la igualdad, en un sentido formal, casi no pasa de un ideario, pues como el Derecho no es ciencia exacta sino cultural, su realización en la administración de justicia es apenas si relativa, aproximada,

---

<sup>16</sup> REYES ECHENDIA, Alfonso. Op. Cit., 81.

como se desprende inequívocamente de los cambios de jurisprudencia respecto de una misma ley, modificaciones o reformas a los artículos penales de los Códigos Penales, sin razón de ser, pues muchas de las ocasiones llegan a ser contradictorios al momento de aplicar las sanciones penales, como se expondrá en el presente trabajo.

## **2.2.- EL OBJETO PARTICULAR DEL DERECHO PENAL.**

En la Parte Especial del Derecho Penal, lo que hace es la aplicación de los principios establecidos en la parte general antes mencionados a cada delito en particular.

El interés es la materia de la protección y se convierte en un bien jurídico por virtud de la norma de derecho positivo que lo protege. El interés es el núcleo de los derechos subjetivos, relaciones jurídicas, situaciones jurídicas, estados sociales y valores comunitarios a cuya reforzada protección coercitiva se encaminan las normas del Derecho Penal.

En si el objeto particular del Derecho Penal como de cualquier otra institución, solo puede comprenderse en referencia a un sistema social de convivencia. Así la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. La norma penal tiene, por tanto, un doble función: protectora y motivadora, o mejor dicho, protección a través de motivación, son las dos funciones inseparables de la norma penal. La protección supone la motivación y sólo dentro de los límites, en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia.

Si los seres humanos respetaran voluntariamente esas normas, el Derecho Penal, sería innecesario, pero por el contrario somos constantes violadores del orden jurídico establecido y de ahí que junto al Derecho constitutivo figura el Derecho sancionador, represivo o garantizador del debido acatamiento a las normas.

A veces es suficiente con una sanción de carácter privado, así: la restitución de la cosa, la nulificación del acto, la reparación de los daños y perjuicios ocasionados etc. Sin embargo, cuando la importancia del bien jurídico afectado lo exige, interviene el Estado y se requiere de la aplicación de las formas coercitivas más enérgicas y consecuentemente se impone la pena.

En esta tesitura, la colocación en manos del Estado del ius puniendi reclama una acuciosa investigación, empezando por cuestionar su propia legitimidad. No basta con afirmar que se trata de un Derecho subjetivo del Estado, ya que la titularidad del mismo no ofrece dudas, pero si resulta preciso profundizar en sus fundamentos como enseguida se hace.

“El Derecho Penal es entre otras cosas, un Derecho de carácter público, valorativo, normativo y finalista. De carácter público, porque las sanciones interpuestas por el Estado, son en razón de un interés público; porque el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado, y en fin, en cuanto es facultad exclusiva del Estado determinar los delitos, las penas y medidas de seguridad. Valorativo, al valorar las conductas o hechos realizados por el hombre; y normativo, puesto que constituye un conjunto de normas jurídico penales, dando éste carácter, que según la clasificación en ciencias del “ser” y del “deber ser” y la inclusión de las juristas en el segundo grupo, es acaso en su naturaleza normativa donde reside precisamente, el carácter de ciencia del Derecho. Y en cuanto a que es finalista se dice por la Doctrina que el finalismo del Derecho Penal, es uno de sus caracteres, ya que la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad y nuestro Derecho Penal, como rama jurídica, ha de poseer carácter finalista.<sup>17</sup> Se dice que un carácter del Derecho Penal es que sea

---

<sup>17</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit., 508.

personal, porque la sanción penal es intrasmisible al recaer exclusivamente en el sujeto activo e imperativo, porque la norma penal prohíbe u ordena y sanciona.

Ahora bien, la existencia y la necesidad del ordenamiento jurídico es algo que no puede discutirse, ya que en donde quiera que exista un grupo organizado de hombres, resultan necesarias las normas para la convivencia. Desde la célula social constituida por la familia, hasta las organizaciones formadas por los Estados soberanos, tienen necesidad de imponer a sus miembros la voluntad que dicta el ordenamiento al logro de los fines perseguidos. Un derecho que no pudiera aplicar sanciones a quienes violen el orden establecido, resultaría puramente lírico; por eso todos los Estados usan la pena.

Colocados frente al problema que se propone resolver cuando un hecho es delito, encontramos que lo único que nos da la nota que pone diferencia es la existencia o inexistencia de una amenaza de pena para el caso. Este fenómeno sólo se tiene que sancionar en una ley, y es aplicable durante su vigencia. Pero es claro que lo que nos interesa es saber en virtud de qué razones el Estado adopta la pena para aplicarla a quienes han delinquido, entonces el juicio será lógicamente distinto, según sea la misión que a la pena se le atribuya.

Para finalizar, podríamos decir en este aspecto que de manera particular, el Derecho Penal cumple con las siguientes funciones:

\*Función de protección.

\*Función de motivación.

Las anteriores funciones serán analizadas en su Capítulo respectivo.

## A).- EL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO.

Podemos decir que bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.

En esta tesitura el Maestro HANS WELZEL manifiesta: “es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación es protegido jurídicamente...bien jurídico es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones...Misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético sociales. El derecho penal lleva a efecto esa protección de bienes jurídicos de la siguiente manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan elementales deberes ético sociales cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión”.<sup>18</sup>

Así pues, los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su felicidad en convivencia con los demás integrantes de la sociedad. Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda etc., y otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo, honor, libertad etc. A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama bienes jurídicos individuales, en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados bienes jurídicos comunitarios que afectan más a la comunidad como tal, a la agrupación de varias personas individuales y que suponen un cierto orden social o estatal: la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política.

De aquí la distinción que suele hacerse en la parte especial del Derecho Penal entre delitos contra los particulares que atacan directamente a los bienes jurídicos

---

<sup>18</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago de Chile, 1993, pág. 5.

individuales y delitos contra la sociedad, que atacan a los bienes jurídicos comunitarios, al orden social o estatal establecido. Esta distinción no debe entenderse, sin embargo, como una concepción dualista del bien jurídico, por la que se contraponen los bienes jurídicos individuales a los colectivos. La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda auto realizarse. La determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que como tal, está condicionada históricamente a cuáles sean los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela, depende no solamente de las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea de las concepciones morales dominantes en la sociedad, claro en cada época.

El bien jurídico implica siempre una valoración masiva y universal; se trata de ciertas relaciones sociales que son consideradas democráticamente esenciales para el sistema el cual es elegido por todos sus miembros. Por otra parte los bienes jurídicos relativos al funcionamiento del sistema están en relación con aquellos que constituyen sus bases y condiciones, es decir, tienden a asegurar una libertad e igualdad material de los sujetos, en tanto los bienes jurídicos colectivos consisten en una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social, es por esto que los bienes jurídicos colectivos e institucionales no son autónomos sino complementarios con respecto a los del individuo, ya que se trata de atender materialmente sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad etc, adquieran un sentido material.

Es importante señalar que el concepto de protección de bienes jurídicos es un concepto relativo, puesto que en realidad no protege, sino, que intenta proteger, y en caso de que se ofendan los bienes jurídicos, castigar a quien lo hizo. En efecto en realidad, el Estado nunca ha sido capaz de proteger los bienes jurídicos, lo que hasta ahora ha logrado es investigar y sancionar después de haberse ofendido

bienes jurídicos; es decir, el Estado jamás ha podido poner una barrera que impida por ejemplo: que una persona prive de la vida a otra, por tanto, el Derecho Penal es un instrumento de control social, pero no de protección de bienes jurídicos. El Derecho Penal, al igual que los órganos de procuración y administración de justicia no sólo llega tarde en el momento de los hechos, a veces ni siquiera llegan.

Debido a ello, se ha creído hallar una precisión aún más firme y clara en la exigencia de que dichos bienes han de poseer carácter o reconocimiento constitucional. Un paso más ha de darse con la remisión del marco de los bienes jurídicos penalmente protectores de los derechos humanos internacionales, en cuyo desarrollo ha de encontrarse el camino para la satisfacción de las necesidades básicas de todos los hombres y la igualdad de oportunidades para la realización de las potencialidades humanas de cada cual, bases que no son sustituibles en la marcha mundial hacia el logro plenario de la dignidad y autonomía ética e ideológica de la persona.

La protección penal de los derechos humanos es sin duda el fin de toda norma jurídica, ya que no solamente debe ser una aspiración y primordial necesidad de toda persona que vive en sociedad, sino igualmente el más destacado e intenso de los deberes sociales del Estado, ya que sin los derechos humanos no hay paz ni justicia social, como tampoco libertad, igualdad ni dignidad humana.

## **B).- BIENES JURIDICOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS.**

El principio de la necesidad de la intervención corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago, requiere pues de una base concreta de sustentación, que señale cuales son los principios y límites fundamentales del sistema. De ahí que no baste el principio de necesidad de la pena, sino que resulta indispensable señalar qué es

lo protegido, el problema que la teoría penal ha intentado solucionar mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico. Es decir, la intervención del Estado sólo es posible y necesaria cuando se trata de la protección de bienes jurídicos. Luego también este principio entra a limitar materialmente el poder punitivo del Estado. No se pueden establecer penas que no tengan fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, no se pueden establecer delitos, que no estén contruidos sobre la existencia de un bien jurídico; es necesario ir a la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa de un bien jurídico. Esto implica que el Estado no puede intervenir para defender determinadas ideas morales, religiosas, políticas, esto claro, salvo que no se atente contra los fundamentos del Estado de derecho, es decir, contra los bienes jurídicos, así como tampoco en la pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales.

El bien jurídico así precisado aparece como un principio garantizador de carácter cognitivo; la sociedad toda y cada sujeto en particular por su intermedio sabe claramente qué es lo que está protegido y además tiene la posibilidad de examinar las bases sobre las cuales se asienta la protección y puede hacer una revisión del porqué de la protección. En esa medida, el bien jurídico permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de la sociedad, a la cual no puede estar ajeno el jurista.

Pero ¿qué son los bienes jurídicos? El planteamiento del bien jurídico nace en la primera mitad del siglo XIX, como una expresión del iusnaturalismo penal, que rechazan la doctrina de los derechos subjetivos de origen civil en el ámbito penal. Para los autores de principios del siglo XIX, el derecho penal defendía derechos, el delito era la lesión de un derecho, una lesión jurídica, estos planteamientos partían ya sea del contrato social, del cual surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, por lo cual el delito era una lesión de ese derecho (subjetivo) surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad, como derecho resumen surgido del contrato social. Sin embargo, también en términos semejantes se llegaba sobre la base de concebir un derecho preexistente de carácter natural, del

cual surgía el derecho positivo; el delito era la violación de un derecho surgido del derecho positivo, pero en cuanto había una coincidencia con el derecho establecido en la ley natural.

En cuanto al bien jurídico, la doctrina reconoce la división entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. La importancia de esta división permite materializar en la ley penal en sendos apartados entre delitos contra la vida y la integridad corporal, contra el honor, que se refieren a los bienes jurídicos individuales y delitos contra la nación, contra la administración de justicia que se refieren a jurídicos colectivos.

Son bienes jurídicos individuales, aquellos que afectan directamente a la persona individual, con lo son: la vida, la salud, el patrimonio etc., otros que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento, como pueden ser: medios de subsistencia, alimentos, vestido, viviendas etc. Y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo, que pueden ser: honor y sobre todo la libertad.

Los bienes jurídicos colectivos aquellos que tienen que ver con la sociedad en general, que sin duda son: la salud pública, medio ambiente, seguridad colectiva, organización política; al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal.

Pero no se puede tener duda que los bienes referidos a la esfera jurídica de cada uno y que a todos en el Estado les está garantizado su goce en forma igual, están dados parte a los hombres por la naturaleza, en otra parte son el resultado de un desarrollo social, y así se puede, tanto en la determinación de la definición cuanto también en la división de los delitos, poner como fundamento el mismo concepto y admitirse la división de los delitos en individuales y colectivos.

En definitiva, el bien jurídico no sólo aparece entonces como un concepto fundamentador de la intervención, sino al mismo tiempo garantizador para el ciudadano, pero además deslegitimador de la propia intervención. Esto último, en cuanto a la profundización democrática de las necesidades y su satisfacción, ha

de llevar a resolver los conflictos que se produzcan o puedan producirse a través de otros medios que no sean el derecho penal. La descriminalización y la no criminalización aparecen también como consecuencia de la profunda democratización de las necesidades y su satisfacción. El bien jurídico es por eso un concepto final, político jurídico, porque expresa la lucha por la democracia y, por tanto, la lucha por un sistema jurídico penal democrático, en el fondo por un sistema de continua superación, por eso es un concepto crítico del sistema social y del sistema jurídico penal.

### **3.- DERECHO PENAL SUBJETIVO.**

Hoy en día, puede afirmarse que es un hecho innegable, que en toda agrupación social existe un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de los órganos colectivos como las relaciones de los miembros del agregado social, y la de éstos con los órganos colectivos. Si los hombres respetaran voluntariamente esas normas, el Derecho Penal sería innecesario. A menudo basta una sanción de índole privada: la restitución de la cosa, la nulidad del acto, la indemnización de daños y perjuicios; pero los casos en que la importancia del bien jurídico agredido lo reclama, el Estado debe acudir a formas coactivas más severas y se impone la pena. Asimismo se reconoce de modo unánime que al ius puniendi le han sido trazados unos límites por la dignidad humana y por una firme relación entre culpa y castigo, que no pueden ser sobrepasados por la objetivación del poder penal, el derecho penal material, sin poner en peligro su sentido ético.

Para las sociedades de hoy, que han formulado los códigos, la penalidad aparece como una función necesaria de defensa social, sin la cual sería imposible mantener el orden público como se le concibe actualmente. Este fenómeno encuentra a la vez, su origen y su explicación: en los sentimientos instintivos que

provocan todo delito; y en la necesidad de dar a esos sentimientos satisfacción suficiente para restablecer la tranquilidad pública. Estos sentimientos, que de no ser canalizados en forma adecuada producirían la reacción grave de la gente y lo que en muchas ocasiones hemos visto el linchamiento, estas reacciones, son en primer término el temor de que el delito se repita, sea por el mismo delincuente o por quienes se inclinan a imitarlo; en un segundo momento, el deseo de venganza, provocado por la indignación causada por el delito; y en tercero, la reprobación y el horror que inspira el criminal, cuya conducta está en contradicción con la de sus semejantes. Cuando un individuo ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, todos los demás miembros de la colectividad deben experimentar la tentación de hacer otro tanto, para reprimir esa tendencia, es necesario castigar la audacia de aquel cuya satisfacción se envidia, y además sucede con frecuencia que el castigo mismo proporciona a los que impone la ocasión de cometer a su vez, bajo el encubrimiento de la expiación, el mismo acto hostil. Es este uno de los principios fundamentales del orden penal humano y se deriva, naturalmente, de la identidad de los deseos reprimidos en el criminal y en aquellos que se hallan encargados de vengar a la sociedad ultrajada. El ius puniendi permite al hombre civilizado, al penar a su semejante o presenciar su castigo, cometer agresiones reales o simbólicas dentro del derecho, y como esta vivencia merma el número de las agresiones antilegales, con ello se facilita la tarea de la justicia.

En este sentido tenemos que el ius puniendi, es la facultad o derecho de castigar; función propia del Estado por ser el único que puede reconocer válidamente a las conductas humanas el carácter de delitos, conminar con penas y ejecutar éstas por medio de organismos correspondientes. Pero esta facultad no es ilimitada, pues la acota la ley penal misma al establecer los delitos y sus penas. Se ha llegado incluso a negar la existencia de un derecho penal subjetivo por decirse que no es tal derecho, sino un atributo de la soberanía del Estado. En efecto, más que de un derecho del Estado puede hablarse de un deber, que da nacimiento a una función.

Esa potestad del Estado se manifiesta a través de la faz preventiva y represiva, que ejerce por medio del Derecho penal objetivo, constituido por el Derecho Penal propiamente dicho o sustantivo, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal cómo sujeto de la soberanía, es el titular de la potestad de imperio, de la cual se desprende la facultad que tiene el Estado de acuñar los delitos y fijar las penas. Sin embargo, no es ilimitada, ya que el Estado, en el ejercicio del ius puniendi, debe auto limitarse, este límite está dado por el Derecho Penal objetivo, que constituye el límite exacto de la facultad de reprimir y que el deber del Estado establecer, tanto porque no concibe una sociedad organizada sin normas legales represivas, cuanto por el hecho de que resulta garantía indispensable la determinación de las figuras delictivas con anterioridad a toda intervención del tipo penal por parte del Estado.

“Desde los más antiguos tiempos, la filosofía reconoce la justificación del poder del Estado para castigar, aunque la justificación del ius puniendi haya tenido bases muy diversas. Para Platón, según unos, la pena se fundamentaba en el principio expiatorio, por el interés de la comunidad y en nombre de la misma, como restitución necesaria del daño del delito; para otros, Platón justificó la pena en la defensa y conservación del Estado, pena que impide el volver a delinquir y supone la rehabilitación del culpable y la purificación de su alma. Por su parte, Aristóteles, destaca el fin último de la pena: el dolor debido a la pena ha de igualar a la maldad de la acción del delincuente”.<sup>19</sup>

Ahora bien, el término subjetivo se refiere a la persona o ente encargado de aplicar el derecho, específicamente el Estado por medio de los Órganos Jurisdiccionales, porque, como bien sabemos, el papel principal del Estado es asegurar un orden que permita una convivencia sana, castigando todos los comportamientos antijurídicos. El Derecho Subjetivo consiste en la facultad proveniente de la norma jurídica y que reside en un sujeto activo, quien tiene la potestad para exigir, y un sujeto pasivo, quien tiene la obligación de cumplir. Entre

---

<sup>19</sup> PIÑERO MARQUEZ, Rafael. Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, Tercera Reimpresión, México, 2004, pág. 71.

estos dos sujetos hay un vínculo llamado correlación jurídica. Es erróneo creer que el Derecho Subjetivo es sólo una faceta del Derecho Objetivo; mucho se ha cuestionado si el objetivo procede al subjetivo o viceversa; empero, se considera más adecuado que ambos se aplican recíprocamente, pues el Estado, al tener el poder coercitivo otorgado por la sociedad para preservar los bienes jurídicos, crea el Derecho, en este caso las leyes penales, y es importante garantizar su cumplimiento. “El derecho subjetivo implica la autorización o facultamiento de cierta conducta positiva o negativa, del titular. Los derechos implican la existencia de un deber impuesto a otras personas, el titular está autorizado no sólo para comportarse de cierto modo, sino también para exigir de los sujetos pasivos el cumplimiento de sus obligaciones”.<sup>20</sup> En suma, el Derecho Penal Subjetivo o ius puniendi lo podemos definir como la potestad del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que les impone penas o medidas de seguridad. Se dice que el Derecho Penal subjetivo está limitado por el Derecho Penal objetivo, que la ley penal limita la facultad subjetiva estatal, al no poder castigar más que las acciones descritas como delitos anteriormente en la ley y con penas previamente consignadas en el precepto legal. Es decir, que el orden punitivo es estrictamente legal y de contornos netamente objetivos.

### **3.1.- LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE CASTIGAR POR PARTE DEL ESTADO.**

Los orígenes del Estado Moderno están en el Estado Absoluto ya sea que se plantee como Estado originario o de transición, en cuanto consiste en la centralización total del control y del poder legítimo. Esta legitimidad era de carácter absoluto, pues provenía de Dios. Por eso mismo los reyes absolutos

---

<sup>20</sup> CRUZ Y CRUZ, Elba. Teoría de la Ley Penal y del Delito, Editorial IURE, Primera Edición, México, 2006, pág. 49.

utilizaron abundantemente la epístola de San Pablo a los romanos, conforme a la cual las autoridades existentes han sido establecidas por Dios y serían Ministros de Dios para castigar al que obra mal. En esta concepción el ius poenale era clara y concluyente una expresión de ius puniendi y además sobre éste no había posibilidad de mayor discusión ética o bien moral, sino que era divino.

No era raro entonces que la cuestión de la legitimidad de ius puniendi sólo se venga a plantear con los autores del iluminismo, es decir, ya con los pregoneros del Estado de Derecho Democrático. Estos sin embargo, tuvieron que recurrir también a una instancia meta jurídica, de carácter ético social, ya sea sobre la base del Derecho Natural, del utilitarismo o de categorías racionales absolutas.

“Rousseau es el autor que mejor sintetiza las direcciones iluministas con su teoría del Contrato Social, conforme al cual el delincuente es aquél que se coloca en contra del Contrato Social, es un traidor en cuanto rompe el compromiso de organización, producto de la libertad originaria y natural; con los cual deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde”.<sup>21</sup>

El Contrato Social es pues la fuente legitimadora del ius puniendi tanto en un sentido material como en sentido formal, ya que sólo el legislador puede dictar penas, pues es el único que puede representar a todos los hombres que han convenido en el contrato, pero esta fuente legitimadora es límite del ius puniendi, ya que como el Contrato Social es para la felicidad de los hombres, la Ley Penal debe tener como tarea más prevenir que retribuir. Por otra parte el criterio básico ha de ser el de la necesidad para la conservación de este vínculo entre los hombres, de modo que todo lo que vaya más allá constituirá una pena injusta.

Estas concepciones de retribución, sobre la base de una ética naturalista o bien racionalista pura, o de prevención general, sobre la base de una ética utilitaria, aparecen adecuadas a una concepción de Estado de Derecho liberal, de un Derecho no intervencionista, meramente guardián, un Estado mínimo, en que su

---

<sup>21</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal, Editorial Ariel S.A, Tercera Edición, Barcelona, 1989, pág. 40.

única función es evitar la lucha de todos contra todos, garantizar el Contrato Social, resguardar el orden social, en otros términos su propia existencia.

Si bien este modo de concebir al Estado y la pena asegura la autoridad del Estado como tal, garantiza su sometimiento al Derecho. No sólo en general, sino también en particular. Todo ciudadano ha de saber lo que se va a juzgar, el mal cometido y que la medida de ese mal dará la medida de la pena. Están dadas las bases de garantía de un Estado de Derecho y que continúan vigentes hasta nuestros días, de ahí que por esta preocupación garantista surgiera la Teoría del Delito, es decir, las condiciones o presupuestos que debía tener la pena. La Teoría del Delito es de un claro corte garantista, antes no era necesaria, ya que el poder del soberano era absoluto no admitía restricciones, de ahí que no hubiese una Parte General en la legislación, sino sólo Parte Especial.

Pero el sistema aparentemente perfecto del Estado liberal estaba sujeto a múltiples contradicciones y tensiones por la existencia de elementos contrapuestos; poseedores y no poseedores de los medios de producción, libertad, disciplina, igualdad política y desigualdad económica, dependencia económica y autonomía ética etc. Este cúmulo de problemas no resueltos, que se expresaron en grandes movimientos y revueltas sociales, llevaron a que el Estado abandonara su posición de simple guardián del orden y tuviese que intervenir en los procesos de difusión social que se producía en el sistema. Ahora bien, la intervención en el mercado, su regulación, era justamente para lograr su defensa social. Esta actitud intervencionista del Estado obtiene su fuente de legitimación en la ciencia positiva, ya que ella descubre y entrega las leyes naturales sociales, que rigen la sociedad y permiten por tanto resolver las disfunciones. No es de extrañar entonces el auge de la sociología positiva. Ello repercute en el problema criminal, en cuanto también implica problemas de difusión social, superables mediante el descubrimiento y la constatación de las correspondientes leyes sobre la naturaleza criminal. La legitimación de la ciencia, de ahí que el Derecho Penal sobra, de ahí que las garantías de la Teoría del Delito no tienen sentido, ya que se

trata de problemas determinados científicamente y en que la potestad del Estado de control y defensa social encuentran su total legitimación en lo que diga la ciencia. El Derecho pasa a ser una mera técnica al servicio del control, que además en caso alguno podría pretender ni siquiera generalizar o igual, ya que los procesos disfuncionales eran diferentes en cada caso, de modo que había que especificar, establecer sistemas especiales y excepcionales, había que discriminar constantemente, de partida, porque científicamente el delincuente era un ser diferente, anormal socialmente.

El Estado intervencionista, que se basa en la ciencia y reniega del Derecho, necesariamente tenía que plantear como solución del problema criminal la prevención especial, el sistema de medidas de seguridad y a su vez una tipología de criminales. La Defensa de lo social, encubre los intereses en juego y encuentra su mejor legitimación en la ciencia. El extremo más radical del intervencionismo y defensa social, como una profunda crisis del Estado moderno, lo constituye un Estado totalitario, en que el Estado es el jefe del Estado y el Derecho un mero instrumento de sus designios, el intervencionismo se funde con una concepción absolutista del Estado.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial renacen los principios de un Estado de Derecho, como aparecen en algunas Constituciones Europeas, el crecimiento económico sobre la base de la economía de mercado ponen en primer lugar la protección de la libertad, como ya había sucedido a principios del siglo XIX hay un gran florecimiento de las doctrinas del Derecho natural, por ello mismo vuelven a tomar fuerza las tendencias retribucionistas en materia de la pena y a predominar sobre todas las demás. Sin embargo, se toma conciencia sobre la actividad social del Estado, que la pena en ese sentido tiene que regular activamente la vida social, pero sin vulnerar el principio de libertad del mercado, es decir, del capital, que sin duda es el punto en donde se basaba el sistema. Renacen pues tendencias preventivas limitadas, ya sea generales o especiales, pero sobre todo se trata de buscar expresiones claras, como ya había sucedido a principios del siglo XX, y aún se intentan vías superadoras, que expresaban mejor

una nueva realidad social cambiante y las transformaciones producidas en la sociedad capitalista posindustrial.

En general el Estado social y democrático de Derecho no aparece como un sistema definido y estable, en él aparecen tensiones entre un sistema neoliberal, tendencias intervencionistas, corporaciones u organizaciones que tienen capacidad de decisión e influencia en el Estado, con lo cual se producen vaivenes en el control social estatal y específicamente en el control penal, con graves dificultades para determinar sus bases legitimantes. Subsiste la retribución junto a la prevención general y la especial, es decir, se pretendió crear sistemas excepcionales o diferenciados, para cierto grupo de individuos, pero que en definitiva repercuten sobre toda la sociedad, con lo cual se produce una confusión en los principios legitimantes que repercuten en una confusión en la construcción de la Teoría del Delito y de la pena.

En todo caso, como se ha señalado, está siempre presente la lucha por los límites de la intervención del Estado, por profundizar con ello los derechos humanos fundamentales, por legitimar la acción del Estado sólo desde una base democrática participativa. Se reconoce entonces el rol garantista del Derecho, de ahí que desde esta óptica política y concretamente la política criminal y penal, aparezca como una investigación fundamental la indagación sobre límites materiales y formales de la intervención del Estado. Ellos van a ser los pilares sobre los cuales se construyan las teorías del Derecho Penal, de la pena, del delito y del delincuente. Esta investigación lleva necesariamente a una comprensión de estructura económica social del Estado social y democrático del Derecho y con ello a dilucidar las bases políticas del sistema, que aparecen en la Constitución de cada país. Se produce pues un rechazo a todo planteamiento del Estado y del *ius puniendi*, éste por tanto aparece ligado a lo que es el Estado y su justificación última habrá que encontrarla en lo que el Estado realmente es. Y en ese sentido el Estado moderno es ejercicio y centralización excluyente del poder a través de un aparato político, sobre la base del reconocimiento de una sociedad civil plural, bien estructurada. En tal medida es *ius puniendi*, como emanación de ese poder,

no es otra cosa que la auto constatación de ese poder y las bases sobre el cual se asienta, de ahí entonces están fijados sus límites, siendo de esta manera que aparece lo que se conoce como la separación de Poderes en el Estado Democrático, que es uno de sus elementos esenciales. “En México, la Constitución de 1917 adoptó la teoría de la división de poderes en su art. 49 al establecer que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositar el poder legislativo en un solo individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en los arts. 29 y 131 Constitucionales”.<sup>22</sup>

#### **A).- FUNDAMENTO FORMAL.**

La pena ejerce una coacción psicológica en los ciudadanos que les hace abstenerse de la comisión de delitos, pero para que pueda desempeñar esta función es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con que se castigan estas conductas. Sin esa previa descripción legislativa, el delincuente no podría saber si su conducta esta previamente prohibida y castigada, y por consiguiente, no significaría la pena una coacción psicológica para nadie.

Por muy elemental que pudiese parecer la función psicológica, dio paso a la llamada función de motivación, con la cual a través de la tipificación de las conductas prohibidas por las leyes penales y de la consiguiente amenaza de imponer una pena si se realizan, se motiva en los ciudadanos que se abstengan de cometerlas. E igualmente sirve el principio de legalidad para determinar la culpabilidad del delincuente, pues sólo quien conoce la prohibición contenida en la

---

<sup>22</sup> PONCE CASTILLO, Rodolfo. Fundamentos de Derecho, Editorial Banca y Comercio, Primera Reimpresión, México, 2004, pág. 69.

ley penal o, por lo menos, ha podido conocerla, puede motivarse por ella y puede ser castigado, como culpable de un hecho punible.

El principio de legalidad es, por otra parte, la garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal en todos los estadios en que éste se ejerce, del siguiente modo:

Como garantía criminal, calificando como delito sólo lo que la ley considere como tal. Así, se dice claramente en el artículo 1 del Código Penal:

“Artículo. (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 en el tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentre igualmente establecidas en ésta”.

Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

La prohibición de analogía (*nuttum crimen, nulla poena sine lege stricto.*) Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad.

2. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar legalmente.

3. La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente. El principio de legalidad respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho.

4. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nuttum crimen, nulla poena sine lege certa*) Un precepto penal que tuviera por ejemplo el siguiente tenor: "el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples párrafos, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría "legalmente determinada" antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, por ejemplo se formulara un tipo penal con la siguiente redacción: "el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado", sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer

Ahora bien, el Derecho Penal se manejan principios que le dan certeza a los ciudadanos sobre las conductas que les están prohibidas, y además tiene pleno conocimiento de que de realizar las mismas serán castigados con penas de prisión, tales principios son los siguientes:

No hay delito ni pena sin ley. Como ya se ha expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal, es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado. Como instrumentos de protección que brinda el Estado de Derecho al sujeto amenazado por las sanciones públicas hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.

5.- El principio "no hay crimen o delito sin ley" (*nullum crimen sine lege*) es un postulado básico del Estado de Derecho, con lo que se quiere establecer que por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Por consiguiente, el principio "no hay delito sin ley" permite escaparse colándose entre las mallas de la ley penal. Por eso ha denominado al Código Penal, como el instrumento jurídico, que realmente debería servir para combatir el delito, con una fórmula exagerada pero pegadiza. Ello significa lo siguiente: el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el

precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica.

6.- El principio "no hay delito sin ley" se completa con la fórmula "no hay pena sin ley" (*nulla poena sine lege*). Ello quiere decir que no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho. En tal caso los sujetos que han dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme al marco penal. Y ello aún no se deriva del principio "no hay delito sin ley", pues ya había un delito ("crimen") en el momento de comisión del hecho; es sólo el principio "no hay pena sin ley" el que da seguridad al autor también en este punto. Otro punto importante es la prohibición de agravación retroactiva de la pena, se formula expresamente en la pena y sus consecuencias accesorias se determinan por la ley vigente en el momento del hecho. Pero a diferencia del tenor de este precepto no se reproduce. De ello se podría extraer la consecuencia de que una agravación posterior de la pena estaría ciertamente prohibida, de esa idea partieron en todo caso los creadores de la pena y además esa interpretación es la única ideológicamente correcta: pues la garantía constitucional del principio de legalidad tendría poco valor si no pudiera impedir también la posterior transformación de una previsión de pena muy benigna en una muy dura; en tal caso siempre sería posible la arbitrariedad estatal, que la Constitución pretende excluir.

Para finalizar diremos que como garantía de ejecución, tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en sus textos.

Tal función de garantías se plasma a nivel constitucional, o si quiere de ley fundamental, como se establece en el artículo 16 Párrafo Segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## **B).- EL FUNDAMENTO MATERIAL.**

Es en esta línea en donde debe realizarse la investigación sobre el fundamento del Derecho Penal subjetivo del Estado, para lo cual es necesario diferenciar dos cuestiones esenciales:

- 1.- ¿Por qué se puede sancionar o imponer medidas de seguridad?
- 2.- ¿Por qué puede castigar o imponer medidas de seguridad el Estado?

La primera cuestión alude al *ius puniendi*; la segunda a su fundamento político.

En todos los tiempos el Estado ha tenido la facultad de juzgar a sus súbditos y de imponerles penas diversas, que le han podido disponer hasta de sus vidas. ¿Cuál es la justificación última de tan importante derecho?.

En la evolución del progreso humano, advertimos que el trazo coincide con el dominio que el hombre obtiene sobre la naturaleza y sobre sus propios instintos; en tanto que la naturaleza animal del hombre se encuentra sometida a sus instintos, pero es claro que el hombre trata de someterlos para buscar una mejor convivencia en sociedad, el hombre es un ser con voluntad inteligente, y es gracias a ello que ha sido posible la convivencia humana.

En la sociedad humana el hombre pone en función necesidades de acción y de omisión que frente a las de los otros hombres, sólo pueden desarrollarse mediante constantes limitaciones. La vida social exige necesariamente limitaciones a nuestros intereses, solo regulables por medio de normas jurídicas. Desde el punto de vista objetivo, o sea mirando a los fines, la norma es lo que hace posible la convivencia social; desde el punto de vista subjetivo es la garantía de esa convivencia para cada uno. Por consiguiente, todo aquello que ponga en peligro la convivencia deberá ser reprimido por el Estado, persona mediante la cual actúa la sociedad. El Estado tiene el deber de defender y el poder de hacerlo, a la

sociedad entera, contra toda suerte de enemigos; los de afuera, invasores extranjeros y los de adentro, delincuentes. Éstos hacen peligrar la convivencia social cimentada sobre el supuesto de fines de los agregados sociales. Y como además, es instintivo repeler la agresión que el delito que presenta, y dar así satisfacción suficiente a la venganza privada y ésta ha quedado superada por la doctrina y la filosofía penales, de aquí que el Estado, como organización jurídica de la sociedad, tenga en sus manos el poder de castigar o ius puniendi, ante la necesidad por una parte de reprimir el delito y por otra de dar también satisfacción a los intereses lesionados por él y legítimamente protegidos.

En cuanto al fundamento funcional, que si ésta justificado castigar o imponer medidas de seguridad es porque es necesario realizar los objetivos atribuidos a las penas y medidas de seguridad. Lo anterior, viene a significar que el fundamento funcional del ius puniendi si corresponde con su función. En tal supuesto, la fundamentación del ius puniendi resulta clara: realizar la justicia mediante la pena.

Al contrario, para el Derecho positivo, que confiere tanto a la pena como a la medida de seguridad la función protectora de los bienes jurídicos en virtud de la prevención de los delitos, el fundamento del ius puniendi se encuentra, de forma exclusiva, en la necesidad de la protección de la sociedad. Por tanto, la función y fundamento se identifican en cuanto aquélla es la base de éste. Pero sucede que ambos conceptos no tienen por qué coincidir, ya que el fundamento tiene que probar la necesidad de la función.

La necesidad de la protección de la sociedad, mediante la garantía pertinente de los bienes jurídicos, no requiere de mayores argumentos. Pero ya no resulta tan obvio que la labor de protección social exija de echar mano de las penas o medidas de seguridad. La fundamentación puede estar en el hecho constatado, de que si bien es cierto que muchos que han delinquido vuelven a hacerlo, con lo que están acreditando la ineficacia de la pena, también es igualmente cierto que muchos otros, al reprimirse de sus posibles impulsos delincuenciales, están demostrando la eficacia de la pena.

Y esto cabe afirmarlo, a sabiendas de que hay muchas razones de peso para cuestionar todo el marco punitivo actual. Precisamente cuando el Estado, por las razones que sean, pierde o ve deteriorado su control de orden público, es cuando surge casi de inmediato el aumento de la delincuencia. Todo lo anterior tiene su corolario: si el fundamento de castigar, reside en la necesidad de protección de la sociedad, con la adecuada tutela de los bienes jurídicos indispensables para la convivencia social, su justificación desaparecerá en el mismo instante en que dicha necesidad falte. En cambio, en relación a las medidas de seguridad el cuestionamiento anterior no resulta aplicable, aunque se detecta una tendencia a propiciar que las medidas sustituyan las penas. Lo cual no quiere decir que no existan problemas en torno a las medidas de seguridad.

### **C).- EL FUNDAMENTO FUNCIONAL.**

Para conocer el principio verdadero de las primeras ideas penales tenemos que valernos de la historia; por ésta conocemos las primeras sociedades humanas, los primeros pueblos. La psicología después nos descubre en los espíritus primarios el punto de arranque de las leyes de evolución del espíritu humano.

Sabemos que por esencia el hombre es un ser sociable. En el hombre como el animal, un obrar que satisface sus necesidades se hace costumbre, lo que lleva al ser humano a buscar mecanismos de satisfacción. Con el hecho constante de la existencia de los hombres sobre la tierra fueron naciendo los instintos de sociabilidad y por tanto, la fuerza de aproximación de unos a otros. En el reino de los instintos, en la humanidad primitiva y en la aproximación de los hombres se produjeron choques y pugnas que culminaron con el dominio del más fuerte y luego del que además fuera más inteligente o más astuto. Sobre la fuerza, la inteligencia y la astucia, vinieron por último los intereses generales creando

fórmulas de derecho, de paz jurídica, para regular los intereses de todos y hacer posible la convivencia social de unos y otros. Y como la función crea el órgano, así las penas fueron creando el Derecho Penal.

Las penas primitivas fueron, primero la reacción natural de cada uno contra la lesión en sus bienes: vida e integridad corporal. En el interés de los propios hombres estuvo después reaccionar contra la agresión de las normas de convivencia comunes, castigando al que hubiera atentado contra los intereses de cada uno. De aquí el carácter social de la venganza. Todo cuanto ofendiera, cuanto atentara contra los bienes de los hombres debía ser castigado. El hombre devuelve mal por mal y todo su mundo que lo rodea es responsable de estas reacciones, por eso se puede decir que es así como ha desenvuelto la humanidad. Los hombres reclaman en la mayoría de los casos sus derechos por la vía penal y muy pocas por la vía civil, y claro esta cuando lo hace es con violencia. Las normas penales protegen eficaz e inmediatamente los derechos, y así, en el reinado de los instintos primarios, la pena tutela toda clase de derechos, es así que la protección penal brinda excepcional eficacia a los bienes y a las normas de convivencia social recién nacidas.

Como todo ser vivo, el hombre acciona por el impulso de tres fuerzas o instintos: de conservación, de reproducción y de defensa. Los tres no hacen más que afirmar su existir como individuo y como especie. Por ello la defensa se descompone, a la vez, en ofensa. “Es defensa-ofensa, dice Ferri. Ciertas flores muy sensibles aprisionan y matan al insecto perturbador. Todo organismo que se siente en presencia de una ofensa reacciona defendiéndose y ofendiendo a la par. El animal responde al ataque con el ataque; el hombre primitivo, el niño, resuelve la ofensa con reacciones puramente animales”.<sup>23</sup>

En la lucha triunfa el más fuerte sobre el débil, el cual es totalmente aniquilado, porque en el mundo de la defensa y ofensa el juego de las fuerzas naturales es

---

<sup>23</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México, 2007, pág. 97.

enteramente libre. No se puede hablar, entonces ni de derecho ni de justicia. La naturaleza no es ni justa ni injusta.

Es así como la convivencia social y los vínculos de sangre entre hombres, familias y tribus, transportan la reacción de lo individual a lo social. La solidaridad del grupo familiar o social eleva y generaliza y de igual forma depura la lucha. Es claro que el nexo de consanguinidad unifica vigorosamente los linajes produciendo una comunidad de cultos, económica, de usos y relaciones. El hombre hace suyo el derecho de venganza, se siente ya ligado al grupo, no está solo, cuenta con su derecho ha ser protegido y vengado, pero a la par reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y de someterse a ellos. Puede así, hablarse de derechos y deberes. Por una supervivencia superada se reconoce hoy que el Ministerio Público representa a la sociedad al ejercitar la acción penal contra los delincuentes; la venganza privada ha sido superada por la función punitiva del Estado, al servicio de la paz pública.

#### **D).- EL FUNDAMENTO POLITICO.**

En referencia al fundamento político, en el Estado liberal, la función de la pena tiene un doble aspecto: el de prevención de los delitos y el de retribución por el mal ocasionado. Pero aunque sea cierto que el Derecho Penal del Estado liberal admita la dualidad funcional (prevención y retribución) de la pena, según fuera considerada para el hombre, el ordenamiento jurídico penal de un Estado con proyección social no podría tener otra función en relación con la pena que la preventiva.

“Fue precisamente el Márques de Beccaria el que indicó (en su talante de creador o iniciador más bien de las modernas corrientes iuspenalistas), que fue, por tanto la necesidad de los hombres a ceder parte de su libertad propia...El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad, posibles forma el derecho de castigar;

todo lo demás es abuso y no justicia: es hecho y no derecho. En otras palabras, el ilustre italiano ubica el fundamento político del ius puniendi en el contrato social”.

24

Cabe señalar que la razón de ser de los ordenamientos jurídico-penales positivo reside en su función de protección de los bienes jurídicos considerados indispensables, en cada época y lugar determinados, por una sociedad. Si añadimos, que el fundamento del ejercicio de ese derecho viene determinado por su capacidad de satisfacer, lo más eficazmente posible, la necesidad de protección de la sociedad.

Es así como el Estado liberal de Derecho, para realizar esta función, se distingue por cuatro características: a) Imperio de la ley, b) División de poderes, c) Legalidad en la actuación administrativa y d) Garantía de derechos libertades fundamentales. Por lo que es necesario ver como se reflejan estas cuatro características en el principio de intervención legalizada.

El imperio de la ley supone que el detentador del poder estatal ya no puede castigar a las personas arbitrariamente y que su poder punitivo está vinculado a la ley. Por ley debe entenderse la formalmente creada por el Órgano Legislativo, como expresión y representante de la voluntad general. En el ámbito del Derecho Penal esto quiere decir que sólo pueden determinarse los delitos y las penas por los órganos populares representativos que reflejan la voluntad popular, es decir, por la Asamblea Legislativa. Todas las leyes penales que no se crean por este procedimiento infringen el espíritu del principio de legalidad.

La división de poderes significa la distribución del poder estatal en tres funciones atribuidas cada una a un organismo distinto: la legislativa a la Asamblea, la ejecutiva al Gobierno y administración judicial a los Tribunales. Esta separación de poderes no debe entenderse, de todos modos, en un sentido absoluto, como separación o incomunicación total de las funciones respectivas. Antes bien debe

---

<sup>24</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit Candaudap, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Impresión, México, 2000, pág.377.

darse una serie de controles e intervenciones mutuas y recíprocas. Esta división de poderes garantiza el principio de legalidad penal, repartiendo el poder punitivo estatal entre el legislativo, que se encarga de determinar los delitos y las penas a través de un proceso democrático en el que participan los representantes del pueblo y el judicial que se encarga de su aplicación en el caso concreto.

Del mismo modo no es posible escapar de la contemplación binaria: Política y Derecho en el convivir humano, ya que el segundo mencionado es un ser que merece atención científica, responde a reglas dadas y a un poder que se ejerce, con acierto o sin él, en el mundo fáctico. Se puede afirmar que el Estado, es un fenómeno de fuerza al ejercer el poder político sin extraviarse, que busca como objeto primordial, la realización del Derecho como única vía para legitimar su acción, vuelve a invocar la concepción binaria a la que se ha venido aludiendo, de la vida entre los hombres.

Es claro que toda acción pública y social debe ir montada en estas dos disciplinas, es claro que ambas son indisolubles y que si queremos estructurar un fundamento político para el Derecho, se debe hacer siempre con fundamento jurídico, para darle dirección y continuidad, sentido democrático y apoyo popular.

Es usual caracterizar al Estado como una organización política. Es así como se expresa que un Estado es un orden coactivo, puesto que el elemento específicamente denominado político de esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden; en los actos coactivos que el orden jurídico enlaza a las condiciones que determina, luego entonces es claro, que como organización política, el Estado es un orden jurídico. Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcione con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tienen que exhibir cierto grado de centralización.

### 3.2.- EL DERECHO OBJETIVO.

El Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas que se habrán de imponer a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina jurídica y social, por mirar a las violaciones de la ley, a la defensa de la sociedad mediante la pena y medidas de seguridad, a la significación, valoración social y jurídica de la conducta humana, en sí, es el conjunto de normas jurídicas dictadas por el Estado estableciendo los delitos y sus penas; en una palabra, es la ley penal.

En efecto, el Derecho Penal considerado objetivamente: “es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos y las penas, y que integran la base de la sustentación del derecho positivo”.<sup>25</sup>

El derecho penal objetivo sería la manifestación concreta del derecho penal subjetivo, del derecho de sancionar del Estado, contenido en las leyes penales. El derecho penal objetivo expresa el uso concreto del poder sancionador que hace el Estado dentro del marco que le fija la Constitución del Estado, es decir, conforme con los principios legitimantes del derecho penal.

Ahora bien, es necesario dar una breve explicación de donde nace el poder sancionador por parte del Estado, así tenemos que existen distintos ordenes jurídicos, los cuales coinciden en grandes líneas, respecto de los actos coactivos que estatuyen, mismos que son atribuibles a la comunidad jurídica, éstos consisten siempre en la privación coactiva de los bienes indispensables del hombre, se distinguen de todo en relación con las condiciones a las que se enlazan con estos actos coactivos, especialmente en relación con la conducta humana cuyo opuesto debe producirse mediante el establecimiento de sanciones, es decir, en relación con la situación socialmente deseada, garantizada por el orden jurídico, consistente en el comportamiento conforme a derecho y por ende,

---

<sup>25</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. Op. Cit., 15.

en relación al valor jurídico que se constituye a través de las normas jurídicas. “Si se observa la evolución del derecho, desde sus primitivos comienzos hasta la etapa que exhibe el derecho de los Estados modernos, ha transcurrido, cabe establecer, en relación con el valor jurídico que se va efectivizando, cierta tendencia, que es común en los ordenes jurídicos en los niveles superiores de su desarrollo. Se trata de la tendencia a prohibir el ejercicio de coacción física, el recurso de la fuerza entre los hombres, en una medida cada vez mayor en el curso de la evolución”.<sup>26</sup>

Ello se produce en cuanto ese recurso a la fuerza se convierte en condición de una sanción; pero como la sanción misma es un acto coactivo, es decir, un recurso de fuerza prohibido y el permitido, vale decir: el uso de la fuerza como reacción autorizada ante una circunstancia de hecho socialmente indeseada, especialmente como reacción ante un comportamiento humano socialmente perjudicial, es decir, como uso de la fuerza autorizado como sanción, es atribuible a la comunidad jurídica. Esta distinción no significa, con todo, que el uso de la fuerza, que no esté autorizado por el orden jurídico como una reacción atribuible a la comunidad jurídica ante una circunstancia de hecho considerada socialmente perjudicial, esté prohibida por ese orden, tenga que ser considerada contraria a derecho, un acto antijurídico o delito, pues se sabe que existen las causas excluyentes de responsabilidad como son: Legítima Defensa, Estado de Necesidad, Cumplimiento de un Deber, Ejercicio de un Derecho.

Paulatinamente se va estableciendo que todo recurso de la fuerza física está prohibido, cuando no ha sido autorizado, como limitación de ese principio, como una reacción atribuible a la comunidad frente a una situación de hecho considerada socialmente perjudicial. Entonces el orden jurídico determina de manera exhaustiva las condiciones bajo las cuales ciertos individuos deben ejercer la coacción física, puesto que el individuo facultado por el orden jurídico para el ejercicio de la coacción, debe ser considerado órgano del orden jurídico, a lo que es lo mismo, de la comunidad constituida mediante el orden jurídico, puede

---

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Editorial Porrúa, Décimo Sexta Edición, México, 2009, pág. 50.

atribuirse la ejecución del acto de fuerza por ese individuo a la comunidad constituida por el orden jurídico, es así como apareció el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica.

Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos deben hacerlo, protege a los individuos a él sometidos, contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social. Esta medida mínima de protección contra el recurso a la fuerza puede ya admitirse cuando el orden jurídico ha logrado el monopolio de la coacción por parte de la comunidad.

Pero puede restringirse aún más el concepto de seguridad colectiva, y hablar de ella sólo cuando el monopolio de la coacción por parte de la comunidad jurídica ha alcanzado un mínimo de centralización, de suerte que la defensa propia haya quedado en principio excluida. Ello sucede, por lo menos, cuando la decisión de la cuestión de establecer si, en su caso concreto, se ha producido una lesión jurídica, y quien es responsable de ella, es sustraída a los sujetos participantes inmediatamente en el conflicto, trasladándose a un órgano especial, que funciona mediante la división del trabajo, a un Tribunal independiente; cuando la cuestión de si un recurso a la fuerza constituye un acto antijurídico, o una acción atribuible a la comunidad, puede ser resuelta de manera objetiva. La seguridad colectiva, puede inclusive tener distintos grados que en primera línea, dependen de la medida en que se centralicen los procedimientos en los cuales se establezca en casos concretos, la existencia de las condiciones a las cuales ésta enlazado el acto coactivo de la sanción, y mediante el cual deba llevarse a cabo ese acto coactivo. La seguridad colectiva logra su más elevado grado cuando el orden jurídico instaura, con ese fin, tribunales con jurisdicción obligatoria y órganos centrales de ejecución, que disponen en tal medida de los medios de coacción necesarios para que la oposición sea normalmente estéril. Así sucede en el Estado moderno, que constituye un orden jurídico altamente centralizado.

La seguridad colectiva aspira a la paz, puesto que la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza. En cuanto el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso a la fuerza, así como los individuos que la utilicen; en cuanto establece el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica, pacífica a la comunidad que constituye, al eliminar la amenaza de la fuerza. No se trata de un orden libre de coacción, como lo postula un orden coactivo y conforme a su evolución, un sistema de seguridad y un orden de paz.

Para terminar este punto se puede señalar que desde el punto de vista objetivo, el Derecho Penal comprende dos aspectos:

\*Derecho penal objetivo formal.

\*Derecho penal objetivo material.

En cuanto al Derecho Penal en sentido formal, es un sector del Derecho u ordenamiento jurídico general, en forma concreta, es el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad.

Por otra parte, en cuanto al Derecho penal objetivo material, su objeto de estudio es la norma penal y sus derivados.

### **A).- LA LEY PENAL Y LA NORMA PENAL.**

La ley penal y norma penal suelen tomarse a menudo como sinónimos, sin embargo, se debe aclarar que no son la misma cosa.

En este aspecto el Maestro Enrique Bacigalupo, señala: “La ley penal y norma penal no se identifican. El comportamiento delictivo no contraviene la ley penal, sino la norma, es decir, la orden que el legislador dirige al súbdito de

Derecho... Nada más lejano que afirmar que el delincuente contraviene la ley penal según la cual se sanciona; por el contrario, para que se le pueda sancionar, el delincuente siempre tendrá que haber obrado en consonancia, de acuerdo con la primera parte de la ley... De acuerdo con esto, mientras la norma que prohíbe el hurto dice: no debes apoderarte de cosas muebles ajenas, la Ley penal reza, por ejemplo, el que se apodere de una cosa mueble ajena será sancionado de tal forma...".<sup>27</sup>

El comportamiento delictivo no contraviene la ley penal, sino la norma, es decir, la orden que el legislador dirige al súbdito de derecho. La pena puede dictarse sólo porque la acción descrita en la ley y la cometida por el ladrón se superponen conceptualmente. Nada más lejano que afirmar que el delincuente contraviene la ley penal según la cual se lo sanciona; por el contrario, para que se le pueda sancionar, el delincuente siempre tendrá que haber obrado en consonancia, de acuerdo con la primera parte de la ley, por lo tanto, mientras la norma prohíbe como antes se señaló el robo, en cuanto dice: no debes apoderarte de cosas ajenas muebles, la ley penal, establece, por ejemplo: el que se apodere de cosa ajena mueble ajena será sancionado de tal forma, es decir, la norma viene siendo un imperativo o una orden. La orden como tal, y por lo tanto la norma, resulta ser conceptualmente independiente de la amenaza de la sanción. La sanción, por lo tanto, no es un elemento de la norma.

En esta tesitura podemos señalar como diferencias entre la norma penal y la ley penal son las siguientes.

La ley penal es una especie de la norma penal en cuanto a que la ley se caracteriza porque además de describir una conducta lleva implícita una pena para el caso de que la misma sea infringida. La norma no se deduce de la ley penal, sino que viceversa, la ley penal presupone una norma previa de la que parte, lo que significa que la norma penal está contenida en la ley penal. La norma es previa e independiente de la ley, solo muy posteriormente se encuentran juntas

---

<sup>27</sup> BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá-Colombia, 1989, pág. 27.

normas y ley penal, por último sólo quedara la Ley. En conclusión, las diferencias entre la norma penal y la ley penal pueden resumirse en los siguientes términos:

La norma penal: crea lo jurídico y es prohibitiva o imperativa.

La ley penal: crea al delito y se compone de preceptos y sanciones.

Por otra parte las semejanzas entre la norma penal y ley penal, son las siguientes:

Norma Penal y ley penal: Describen conductas, se dirigen a los hombres y su objeto es garantizar la convivencia en sociedad.

En tanto que la ley general, y por consiguiente la ley penal en particular, constituye un acto de voluntad colectiva, expresada por los órganos del Estado, mediante el cual se regula jurídicamente todo un conjunto de relaciones sociales, esta declaración de voluntad o ley no tiene la eficacia universal y permanente del derecho, pues está limitada en un triple aspecto: temporal, espacial y personal.

La ley penal se aplica en principio a todos por igual. Esto es consecuencia de la Garantía de Igualdad, cuyo rango constitucional se encuentra establecido en el artículo 16 Constitucional. La idea jurídica de igualdad implica que frente a una situación jurídica determinada todos los individuos tengan los mismos deberes y derechos. “De esta manera, las garantías de igualdad establecen, en términos generales, limitaciones de contenido materiales que implican que en ningún caso la autoridad pueda establecer trato diferente a los gobernados que se ubique en las mismas situaciones jurídicas; el cumplimiento del deber jurídico correlativo que involucra las garantías de igualdad se traduce entonces en la ausencia de trato discriminatorio o equitativo”.<sup>28</sup> En este orden ideas la ley es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones que habrán de aplicarse por igual, es decir, aquellos individuos que infrinjan el orden normativo.

---

<sup>28</sup> ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. Las Garantías Individuales en México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 2004, pág. 101.

## **B).- LA NORMA PENAL.**

Por principio de cuentas diremos que las normas son reglas que regulan la conducta de las personas en una sociedad determinada, son como una hormona que le da forma a algo, en este caso, a la conducta humana. Los seres humanos, en la vida diaria, se encuentran sujetos a las diversas clases de normas que regulan su conducta dentro de un grupo social, esas normas son: morales, jurídicas, religiosas y sociales.

Las jurídicas que son las que interesan para nuestro estudio, tienen como objetivo la regulación de la conducta para con los demás, a fin de organizar la vida social al prevenir los conflictos y dar las bases para su solución. Son disposiciones que el poder público, por medio de sus órganos legislativos (Congreso de la Unión o Legislaturas de los Estados), señalan como obligatorias, para su cumplimiento puede emplearse la fuerza del Estado (órganos judiciales), plasmada en los códigos, leyes, reglamentos, decretos etc.

Sus características es que son:

“Bilaterales.- Por un lado imponen obligaciones y por otro conceden derechos; esto es, frente a la persona que se encuentra jurídicamente obligada, existe otra con derecho correlativo de exigirle cumplimiento de la obligación.

Exteriores.- Al derecho sólo le importa los actos o conductas humanas que se exteriorizan y no la causa psíquica que los produce.

Coercibles.- Puede exigirse el cumplimiento de la obligación aun en contra de la voluntad de la persona. Es la facultad de hacer valer el derecho con la intervención de las autoridades judiciales o administrativas.

Heterónomas.- Los sujetos obligados por ellas, no las dictan para sí, no emanan de sus voluntades, sino de una voluntad ajena o externa a ellos, que en un

principio es la voluntad del Estado".<sup>29</sup> Ahora bien, la norma penal es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva, pena o medida de seguridad.

En términos generales puede definirse a la norma desde dos aspectos: uno amplio y otro restringido.

En sentido amplio es toda regla de comportamiento obligatoria o no, en sentido restringido, significa toda regla de conducta de observancia obligatoria, es decir, aquella que impone deberes o confiere obligaciones.

Las normas son creadas por distintas ramas del Derecho, en especial la conocida como el Derecho Público, normas elevadas en algunos casos a la categoría de leyes penales al haberles designado una pena.

De este modo el Derecho Penal está constituido por un conjunto de disposiciones que se encuentran contenidas no sólo en el Código Penal, sino también en otros Códigos y en muchas leyes especiales. Cada disposición legal se llama norma penal.

La norma penal en sentido estricto, consta de los siguientes elementos o partes.

A).- El precepto, y

B).- La sanción.

Así pues, precepto y pena son dos términos que se integran recíprocamente en la norma penal, tanto bajo el aspecto técnico-jurídico, como bajo el aspecto psicológico y sociológico.

La teoría general del delito, ha determinado que toda norma jurídica y especialmente penal, se compone del precepto y la sanción, el precepto consiste en la descripción del hecho o prohibido.

Al precepto se le denomina concepto primario y a la sanción precepto secundario.

---

<sup>29</sup> PONCE GOMEZ, Francisco. Fundamentos de Derecho Penal, Editorial Banca y Comercio, Reimpresión, México, 2004, pág. 5.

El precepto contiene la figura delictiva y funciona.

- a).- En forma positiva, es decir, manda, ordena, o
- b).- En forma negativa, conteniendo una prohibición.

La sanción por su parte abarca la punibilidad, y se dice que la misma se dirige:

- a).- La norma se dirige a los Órganos del Estado.
- b).- Se dirige a los súbditos.
- c).- Se dirige directamente a los Órganos del Estado e indirectamente a los súbditos.
- d).- Se dirige tanto a los Órganos del Estado como a los súbditos.
- e).- Se dirige el precepto a los súbditos y la sanción a los Órganos del Estado.

La corriente doctrinaria señala en su mayoría, que la norma se dirige a todos sin excepción, sin distinción de ninguna especie, que tiene la obligación de acatar, de obedecer las leyes penales; aunque algunos doctrinarios señalan que la pena se dirige a las personas capaces y de ninguna manera a los incapaces, es decir, va encaminada a los sujetos capaces de entenderla y de sufrirla, por tanto los destinatarios de la norma son los individuos sanos y maduros de mente, los individuos psíquicamente capaces.

### **C).- LEY PENAL.**

Es la norma de derecho dictada, promulgada y sancionada por la autoridad pública, aun sin el consentimiento de los individuos, que regula todos los casos o circunstancias que reúnan las condiciones previstas por ella para su aplicación.

En México las leyes que aprueba el Congreso de la Unión son enviadas al Poder Ejecutivo, quien ordena su publicación en el Diario Oficial de la Federación y basta con que la ley se publique en dicho Diario con anterioridad a la fecha en que deba entrar en vigor para que sea obligatoria.

Tiene las siguientes características:

“General.- Se aplica a todas aquellas personas que se encuentran dentro de la situación jurídica o de hecho que prevé.

Obligatoria.- Consiste en que necesariamente debe ser cumplida por los destinatarios de la misma, para lo cual existe órganos judiciales que obligan a su observancia, mediante la imposición de las sanciones a los infractores, independientemente de su aceptación o rechazo.

Permanente.- Consiste en que una vez publicada la ley, ésta debe tener una vigencia determinada, para estar en posibilidad de cumplirla; es decir, su vigencia no debe ser efímera.

Abstracta.- Consiste en regular situaciones que pueden presentarse sin determinar el número y momento en que hayan de suceder”.<sup>30</sup>

Ahora bien, el principio de legalidad previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone sus exigencias no sólo al Juez que aplica la ley, sino también a la Asamblea Legislativa que la dicta, como lo es el caso de los que vivimos en el Distrito Federal. En otras palabras, del principio de legalidad surgen consecuencias para el dictado de la ley y para su aplicación. Las exigencias referentes a la Asamblea tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los Tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe. El cumplimiento de estas exigencias por parte de la ley dictada por la Asamblea es presupuesto de la eficacia de la función garantizadora de la ley penal. En este sentido, la ley dictada si contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que

---

<sup>30</sup> PONCE GOMEZ, Francisco. Op. Cit., pág. 26.

pueda considerarse exhaustiva. En principio serán exhaustivas aquellas disposiciones que contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinan la especie de la pena y su duración mínima y máxima.

La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones. Mas la ley penal no es sólo la garantía de los que no delinquen, de ella dimanar pretensiones para el Estado y para los propios delincuentes. De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena determinada, y por eso la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no éste tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté establecida en ellas por el delito correspondiente. Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, quién sólo podrá ser penado por las acciones y omisiones que la ley establezca, y no podrá sufrir otra pena que la señalada en las leyes para cada infracción. Por tanto la ley penal es garantía de libertad para todos. Finalmente, las leyes penales aseguran también las pretensiones punitivas y reparatoras de la víctima, pues en ella se consagra la responsabilidad penal de los hechos punibles.

Ahora bien, la ley penal puede definirse en un sentido amplio y en un sentido restringido, en sentido formal y material. En sentido amplio es una estructura de comunicación en donde interactúan afectantes, afectados y el órgano a cargo de la potestad punitiva que tiene la expectativa de punición, unidos todos en función del objetivo de regulación social para la convivencia. En cuanto al sentido restringido, es la disposición legal en sí, en su contenido de precepto y sanción. El precepto prohíbe o manda algún comportamiento y la sanción se prevé para el incumplimiento del mismo. “La Ley en su sentido formal, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales y publicada conforme a los preceptos vigentes. Y si de materia punitiva se trata, es preciso

añadir que en ella se definen delitos y se establecen o aplican penas o medidas de seguridad".<sup>31</sup>

Es necesario destacar que aún cuando la ley penal es obligatoria para todos los individuos, hay casos en que los tipos únicamente los pueden realizar aquellas personas que llenan las exigencias del mismo tipo respecto a los sujetos, es decir, que se trata de delitos especiales, propios o exclusivos; hipótesis que no tiene que ver con la observancia de la ley penal que es indudablemente de carácter general.

Es así que los caracteres de la ley penal son los siguientes:

- a). Ser exclusiva, puesto que sólo ella crea delitos y establece sanciones.
- b). Ser obligatoria, ya que todos han de acatarla, tanto el particular como el funcionario y los órganos del Estado.
- c). Ser ineludible, pues las leyes sólo se derogan por otras.
- d). Ser igualitaria, pues las constituciones modernas proclaman que todas las personas son iguales ante la ley, la cual no se opone a la adaptación de las penas conforme a las circunstancias del caso y a la peligrosidad del autor.
- e). Ser constitucional, que es la ley suprema de toda nación.

La ley penal también presenta las siguientes características:

Validez espacial de la ley penal, en relación con los Estados extranjeros y como manifestación de la soberanía de cada Estado, la ley penal nacional sólo tiene eficacia por lo general dentro del territorio del Estado que la dicto. Este principio llamado de territorialidad, ofrece dos aspectos: el positivo, en el cual la ley penal es aplicada a todos los habitantes del territorio de una nación, y el negativo, o sea que también por lo general no se aplica a ninguna persona fuera de dicho territorio. La ley penal importa un ejercicio de soberanía del Estado, lo mismo que

---

<sup>31</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Introducción al Derecho Penal, Editorial IURE, Segunda Edición, México, 2002, pág. 207.

el resto de la legislación estatal. En consecuencia, su validez aparece limitada en el espacio por la extensión dentro de la cual se reconoce en la comunidad internacional en el ejercicio de la soberanía.

Validez temporal de la ley penal, en esta aspecto se prevé que todos los tipos penales previstos en un Código Penal que éste vigente en un tiempo y espacio, será aplicadas sus sanciones aquellas personas que realicen algunas de las conductas previstas como delitos, pero no sucederá los mismo cuando dichas conductas hayan sido ejecutadas con anterioridad, es decir, antes de la entrada en vigencia de la ley, con lo cual se establece que tal ordenamiento rige por regla general sólo para el presente y el porvenir. Con esto se establece que la ley no puede tener efectos retroactivos, es un principio de legalidad estricta, escudo y salvaguarda del delincuente, que no es otra cosa que el derecho que tiene el delincuente a ser juzgado conforme a las leyes vigentes en el momento de delinquir; es justo que el Estado pueda ordenar o prohibir alguna cosa bajo la amenaza de la pena, pero no es menos justo que todo gobernando sepa antes de obrar de una determinada manera, cuáles son los actos ordenados, cuáles los actos prohibidos y cuáles los actos permitidos. “No obstante, contra ellos se ha mantenido, sin embargo, el punto de vista de que el delincuente sólo tiene derecho a ser juzgado conforme a la ley, no conforme a determinada ley, y que por tanto debe siempre aplicarse la vigente por representar la medida adecuada a la defensa social, la irretroactividad carece, así, de fundamento; tesis que desde un punto de vista rigurosamente defensorista nos parece certera”.<sup>32</sup>

El principio de la irretroactividad de las leyes penales no es nunca absoluto en las legislaciones; admite excepciones, pero sólo en cuanto se refiere a leyes penales sustantivas, pues en cuanto a las procesales se aplican inmediatamente y para todos los casos, salvo que sus disposiciones sean menos favorables que las de la ley derogada, pues las formas de juicio son de orden público; razón que tiene igual validez tratándose de las normas penales sustantivas y que, sin embargo, no se extiende a ellas, como debiera.

---

<sup>32</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit., pág. 225.

Validez personal de la ley penal, ante la ley penal son iguales todas las personas: “Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, Ninguna corporación puede tener fuero...”. Con lo que se establece que son responsables todos los que intervienen en un delito, en cualquiera de las formas enumeradas en la ley; el aumento o disminución sólo obedece a la participación de cada delincuente en la acción criminal. Ni el sexo ni la nacionalidad, ni la condición económica o social son causa de inaplicación de las leyes penales, la ley debe ser la misma cuando protege y cuando castiga.

La ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal es la ley vigente en el momento de la comisión del hecho punible. Se trata de una regla que se deriva del principio de legalidad que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. Es decir, las leyes penales sólo alcanzan a los hechos cometidos después de su puesta en vigor. La exigencia de la ley previa se refiere a la tipificación del hecho punible como a la amenaza de la pena, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias del delito. La exigencia de la ley previa a la comisión del hecho tiene un fundamento penal: la ley penal quiere prevenir la comisión de los hechos punible imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena. Por lo tanto, la ley quiere, ante todo, motivar al autor y esto sólo podría hacerlo una ley preexistente a la decisión del autor.

Lo importante que debe tomarse en cuenta para la ley, es la peligrosidad de delincuente, asimismo se deben tomar en cuenta las condiciones específicas del delincuente, y es en base en ello que el arbitrio judicial debe obrar adecuadamente, que no es otra cosa, que la solución correcta radica en la mayor extensión del arbitrio y en la adecuada preparación técnica de los funcionarios judiciales.

## **D).- LA LEY PENAL FORMAL Y MATERIAL.**

En el Derecho penal se identifica una Ley penal en sentido formal y otra ley penal en sentido material.

La ley penal en sentido formal, es toda norma emanada del órgano legislativo del Estado, previo el lleno de requisitos o procedimientos Constitucionales y reglamentarios.

Es Ley penal, aquella que se obtiene como resultado del proceso legislativo y que cumple con todos los requisitos desde la iniciativa hasta la iniciación de la vigencia. Una vez publicada la ley, ésta debe tener una vigencia determinada, es decir, su vigencia no debe ser efímera. Debe regular situaciones que pueden presentarse, sin determinar el número y momento en que haya de suceder. Ejemplo de lo anterior es el que prive de la vida a una persona comete del delito de homicidio. La pena correspondiente se aplicará cuando dicha situación se realice.

Es así que el proceso legislativo, es la actividad encaminada a la elaboración de las leyes, que corre a cargo del Congreso de la Unión, Cámara de Diputados y Cámara de Senadores y en el caso del Distrito Federal, esta actividad la realiza la Asamblea Legislativa. Dicho proceso cuenta con las siguientes fases:

\*Iniciativa o proyecto de ley.- Constituye la facultad que tienen determinados órganos del Estado para presentar al Congreso de la Unión una propuesta de ley. Dicha facultad, en los términos del artículo 71 Constitucional, compete en primer término al Presidente de la República, a los Diputados, a los Senadores, al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados, en el Distrito Federal esta facultad está reservada a los cuarenta Diputados Locales que integran la Asamblea Legislativa.

\*Discusión.- Es el acto en donde cada una de las Cámaras delibera sobre la iniciativa representada para decidir, por medio de la votación mayoritaria, si esta

debe aceptarse o no. Las iniciativas deben ser discutidas sucesivamente en ambas Cámaras; podrá comenzarse en cualquiera de ellas.

\*Aprobación.- Es el acto por el cual las Cámaras otorgan su aprobación a una iniciativa o proyecto de ley. Dicha aprobación se manifiesta cuando la mayoría de los miembros presentes otorgan su voto afirmativo al proyecto que previamente se ha discutido. Una vez aprobada la iniciativa por la Cámara de origen, el proyecto se envía a la otra Cámara para su discusión, y en caso de ser aprobado, es enviado al ejecutivo para que se efectúen las etapas de sanción, promulgación y publicación.

\*Sanción.- Es el acto en el que el Presidente de la República manifiesta, firmando su conformidad con la iniciativa de ley aprobada previamente por las Cámaras. Si el Presidente no está de acuerdo con el proyecto de ley aprobado por el Congreso de la Unión, puede hacer las observaciones que estime necesarias y devolver al proyecto a la Cámara de origen para que se discuta nuevamente. A este acto se le llama derecho de veto. Todo proyecto se tiene como sancionado por el Ejecutivo, cuando no es devuelto con observaciones a la Cámara de origen dentro de diez días hábiles posteriores a su recepción; a no ser que transcurrido este término el Congreso de la Unión haya cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día hábil en que el Congreso esté reunido.

\*Promulgación.- Es el acto donde el Ejecutivo ordena la publicación de una ley o decreto en el Diario Oficial de la Federación, conforme lo ordena la fracción I del artículo 89 Constitucional.

\*Publicación.- Es el acto por el cual se da a conocer la ley o decreto a quienes debe cumplirla por medio de su inserción en el Diario Oficial de la Federación o Gacetas oficiales de los Estados o del Distrito Federal.

\*Iniciativa de la vigencia.- Es el acto por el cual se determina en que una ley o decreto para entrar en vigor, el Código Civil Federal establece dos sistemas: el sucesivo y el simultaneo o sincrónico.

\*Vacatio legis.- Esta previsto en el artículo 3 del Código Civil Federal, conforme al cual, las leyes, reglamentos, circulares y cualquier otra disposición de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

En este orden de ideas tenemos que en términos generales para que exista una ley material no basta con que se den todos los requisitos formales del proceso legislativo, sólo es necesario la manifestación de la voluntad del Congreso. “Es ley toda norma jurídica cuyo contenido general y abstracto, es decir, se refiere a un amplio y determinado número de casos y rige para un número indeterminado de personas”.<sup>33</sup>

Entendemos así que el Derecho a castigar por parte del Estado, se encuentra limitado estrictamente por la ley penal, fuente única del Derecho represivo, hecho que se traduce en una garantía de legalidad para el delincuente, quien de ninguna manera puede verse sancionado cuando la ley no haya previsto como delitos cierto actos. De esta idea se deriva el principio clásico nullum crimen, nulla poena sine lege, es decir, no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley.

Por eso se afirma que no existe un delito sino se adapta al tipo penal, es decir, que la conducta del supuesto infractor se debe adaptar a la hipótesis prevista por el legislador, obviamente, si también se agotan los demás elementos del delito.

---

<sup>33</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit., pág. 65.

## CAPITULO II.

### 1.- LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.

Una vez dictada la ley penal por el Estado, debe ser aplicada, y para ello es ineludible interpretarla, constituyendo esta función, la más elevada y difícil misión del juzgador. El tema de la interpretación penal constituye hoy en día, uno de los problemas más graves de la inseguridad jurídica por los que atraviesa México, ya que no obstante que todas las palabras que emplea la ley admite un solo significado, la interpretación textual o literal no es el único método de interpretación que se aplica en la práctica judicial; por tanto, la libertad personal de alguien dependerá en buena medida de los criterios de interpretación que se apliquen al momento de realizar el correspondiente estudio dogmático y determina la existencia o inexistencia del delito.

De esta manera dice el maestro Porte Petit: “Una vez dictada la ley por el Estado, debe ser aplicada, y para ello es ineludible interpretarla, constituyendo esta última función, la más elevada y difícil del juzgador. ¿Qué es la interpretación? Interpretar la ley es precisar su sentido, su voluntad, no la del legislador.”<sup>34</sup>

Esa estricta legalidad o estricta aplicación de la ley no obsta para que sea posible su interpretación, ya que interpretar no es otra cosa que desentrañar el sentido de una cosa, y si la ley es confusa, interpretarla será aclarar su sentido y si es clara será entender su contenido para adecuarla al caso específico en cuestión, referir el precepto abstracto a la vida real a que se aplica. Esa búsqueda y explicación del sentido verdadero de la norma, de la voluntad de la ley, o sea su interpretación, pertenece todavía a la estática del derecho, mientras que su dinámica es ya la aplicación misma.

Así cuando la ley está en vigor se eleva frente a ella la realidad de la vida, entonces surge la necesidad de interpretarla. La interpretación es una operación

---

<sup>34</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit., pág. 113.

lógico-jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley, en funciones con todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura, a fin de aplicarla a los casos concretos de la vida real.

Fue una cuestión ordinaria identificar la voluntad de la ley con la del legislador. Se alega en contra que en la confección de la ley intervienen siempre personas cuyo pensamiento es distinto. Frecuentemente los preceptos legales son soluciones de compromisos entre los diferentes redactores, fórmulas aceptadas por todos precisamente porque las interpretan de modo diverso. “Según la opinión actualmente prevalente, la Ley tiene un contenido de voluntad independiente de la intención del legislador. La obra de éste adquiere, pues, vida propia, cambiando a través de la interpretación según las necesidades históricas y la evolución del pensamiento jurídico”.<sup>35</sup>

Toda ley, por el hecho de aplicarse, es interpretada, ya que el cotejar su contenido con el hecho real, se produce un proceso de subsunción, al que contribuyen los órganos interpretativos, por procedimientos gramaticales y teleológicos, y con resultados declarativos, restrictivos, extensivos y progresivos. La labor interpretativa es inseparable de cierto subjetivismo, a menudo más que la ley misma, lo que se pone en práctica es la apreciación que de ella hacen los Agentes Investigadores, Jueces, Magistrados y Ministros. La ley apenas entra en vigor, surgen varios modos de entenderla por parte de quien la interpreta por móviles de estudio, o de parte de quien está llamado aplicarla por razón de su oficio. Estas variadas opiniones no quedan a la deriva, de ellas derivan las distintas y contradictorias sentencias en los Tribunales. Actualmente, nadie defiende que el lenguaje legal sea un lenguaje formalizado, dotado de una expresión ideal que conlleva a un uso inequívoco; por el contrario, el propio lenguaje jurídico recurre a determinadas formas de ambigüedad, toda vez que en el marco del Estado de Derecho, la Ley es fruto y expresión de una serie de intereses contrapuestos que terminan amarrados como resultado del acuerdo en la mayoría de las ocasiones no por razones jurídicas sino políticas. No se puede negar la importancia que tiene

---

<sup>35</sup> ANTON ONECA, José. Derecho Penal, Editorial Akal, Segunda Edición, Madrid, 1986, pág. 116.

la interpretación, el elemento político. Sin embargo, no se deben los límites señalados a la interpretación, confundiendo la política con la justicia, también porque ningún legislador tiene necesidad del peligroso celo de los intérpretes para manifestar la propia voluntad en el tiempo, en el modo y dentro de los límites que se considere más oportunos, de lo que se entiende que una cosa es proyectar sobre la norma jurídica la luz intelectual de un principio político superior, y otra, es ajustar la norma misma a las exigencias políticas arbitrarias, de tal manera que si así se hiciese, se sustituiría la política a la justicia, desconociendo con ello una de las más esenciales garantías constitucionales.

Así, la laguna en el Derecho tiene su raíz en el inevitable contraste entre una norma abstracta y una exigencia concreta conforme a decisión jurídica; dicho de otro modo, existen juicios concretos y defectuosos, también hay leyes abstractas imperfectas, ambos son integrantes de actos defectuosos del Estado, por lo que se puede señalar que la Ley en sí misma es el resultado de un proceso dialéctico, no de un proceso ideal de creación y que las ambigüedades son inherentes a la misma y la necesidad de interpretación es indiscutible.

En la aplicación práctica del Derecho Penal, esta relación consecutiva de grados, con frecuencia, resulta oscura e incluso es consciente o inconscientemente dejada fuera de consideración. La práctica judicial penal, contemplada desde el observatorio del teórico, muestra un cuadro multicolor de diferentes métodos interpretativos, que pueden incluso aplicarse simultáneamente, resultado de suma importancia exponer primero las clases de interpretación y luego las formas de interpretación.

En consecuencia, debe señalarse la necesidad de interpretar la ley penal, ya que como se ha venido estableciendo la interpretación constituye un proceso irresistible. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que si bien el artículo 14 Constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aún por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aún conducir al absurdo; la mayoría de las personas que se han

encargado del estudio del Derecho admiten que debe ser interpretada la ley penal, luego entonces, la prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de interpretación, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos etc.

Si en cuanto al Derecho Civil son fuente los principios generales del Derecho, en materia penal sólo auxilian a la interpretación, al igual que la equidad, dado el carácter de estricta legalidad que en materia penal mantiene el artículo 14 Constitucional, en cuanto señala: *ley exactamente aplicable al delito de que se trata*. Sin embargo, también al igual que la equidad, el Juzgador debe tener presentes los principios generales para cuando haya de entrar en función su arbitrio al establecer la pena.

Por último uno de los juicios más equivocados, aun entre abogados, consiste en creer que la ley penal no se interpreta. Esta manera de pensar desconoce el problema mismo; interpretar una ley es entenderla, precisar su contenido, desentrañar su sentido. En las leyes penales, como en otras, puede ocurrir que el texto no se encuentre expresado con claridad; entonces será preciso limitar y determinar sus alcances. Aún siendo clara la ley, será urgente entender su contenido para poder adecuar a ella el caso concreto.

### **1.1.- CONCEPTO.**

En los Estados modernos, las leyes se componen por obra de varias personas, que pueden haber tenido intenciones diversas. En la mejor de las hipótesis, la ley es la síntesis de las voluntades de diversos órganos estatales; por tanto, es preciso atenerse a lo que resulte de la ley misma, independientemente del pensamiento de sus autores. Aunque la ley es la única fuente del derecho penal,

los textos legales que le dan a conocer no son el derecho sino la forma de expresión de éste, seguramente la más valiosa. Pero al interpretar esos preceptos escritos, lo que se procura es descubrir el sentido de la expresión, que no se identifica con el objeto que tiene como elemento intermedio la significación, en este orden de ideas tenemos que: “Interpretar es desentrañar el sentido de algo, ya sea material o espiritual”.<sup>36</sup>

En el caso de la Ley penal, interpretar será aclarar su sentido, explicar su alcance para así poder adecuar la norma al caso específico en cuestión. La necesidad de interpretar la Ley deriva de las características de abstracción, generalidad e impersonalidad que observa y que en su aplicación al caso en concreto, necesariamente debe ser entendida y comprendida.

En búsqueda y aplicación del sentido verdadero de la norma, o sea su interpretación, pertenece todavía a la estática del Derecho, mientras que su dinámica es ya la aplicación de la misma. En este sentido y de acuerdo al concepto antes señalado, interpretar la ley significa averiguar su sentido determinante, a fin de aplicarlo a los casos particulares de la vida real, por lo que el objeto de la interpretación son las leyes; así, el punto de partida de toda interpretación está constituido por la ley penal y no por el legislador y su voluntad.

Se dice que actualmente la doctrina dominante, se pronuncia a favor de la teoría objetiva, en la que el interprete ha de preguntarse cuál es la voluntad de la ley en el momento de su aplicación, es decir, qué juicio valorativo y que finalidad dentro del contexto social y del ordenamiento jurídico ha hallado expresión en el precepto concreto que se ha de interpretar.

En cambio, la teoría subjetiva, parte de que el interprete debe preguntarse por la voluntad del legislador histórico que redactó el precepto; pero es claro que esto es sumamente difícil, pues la intervención de diversos factores como el político (negociaciones entre los miembros del propio poder legislativo) impiden determinar con exactitud cuál fue la voluntad del legislador, ya que cada uno de

---

<sup>36</sup> PEREZ DAZA, Alfonso. Op. Cit., pág. 214.

los partidos políticos que intervinieron en el proyecto de ley o reforma y su respectiva aprobación, bien pudo tener una idea o finalidad diferente respecto a la propia ley problema que dicen los teóricos no plantea la teoría subjetiva, por el contrario, da la ventaja de adaptar la interpretación de la Ley a las nuevas circunstancias económicas, sociales y políticas del país.

Se concreta, que la teoría objetiva no garantiza la seguridad jurídica que se anhela conseguir al momento de realizar una adecuada interpretación de la Ley Penal, creemos que el Derecho Judicial debe introducirse, en principio dentro del marco que establece la Ley Penal; pues de otra manera ésta perdería su función garantizadora. De esta forma se plantea por una parte, la difícil cuestión de establecer los límites entre la interpretación judicial necesaria y admisible de la Ley, y por la otra el desarrollo de nuevas normas jurídicas que resultan inadmisibles en el caso de que creen o graven la punibilidad, en este sentido, el texto legal es el criterio decisivo, sólo aquello cubierto por él será una interpretación justificada; todo lo demás será una interpretación analógica no autorizada si se agrava la situación del autor del delito.

---

Es necesario señalar que las normas jurídicas se dan con las debidas notas de generalidad, para regular el mayor número de casos posibles que se dan en la vida. A pesar de estas notas de generalidad y abstracción, es imposible regular todos los problemas que se le puedan presentar al jurista. Existen por lo tanto las llamadas lagunas del derecho.

En las otras ramas del ordenamiento jurídico, distintas de las penales, el modo de solucionar estas lagunas es el de recurrir a la analogía, es decir, el de aplicar una regulación prevista para un determinado hecho a otro similar que no estaba anteriormente regulado. Lo único que se exige es racionalmente la existencia de esa similitud entre el supuesto regulado por la norma y el no regulado por ella, para que a ambos se les pueda aplicar la misma consecuencia jurídica. La analogía como tal, y puesto que la ley es insuficiente para regular todos los problemas que se presentan, es un magnífico instrumento en la interpretación y aplicación del Derecho y es admitida y aceptada por una buena parte de juristas.

Sin embargo, de dicha aceptación de la analogía esta exceptuado el Derecho Penalista por razones que se derivan de su propia naturaleza.

La primera razón por la que se prohíbe la analogía en Derecho Penal es por la vigencia en él del principio de legalidad. Este principio como conquista que no tiene retroceso, tiene un profundo significado jurídico, del que deriva la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal en otra cosa que no sea la ley. De este modo se convierte la ley en la única fuente de creación del Derecho Penal y cuando no exista una ley directamente aplicable al caso que se quiere fallar, debe quedar este caso marginado de las consecuencias jurídico penales.

Ahora bien, de la vigencia del principio de legalidad no se deriva de la prohibición absoluta de la analogía, sino sólo de aquella analogía que va en contra del reo, la analogía favorable al reo, por el contrario es admitida e incluso es alabada. La razón de esto obedece a la vigencia del principio de legalidad, cuya creación se debió a que se consideraba necesario de proteger al individuo frente al poder punitivo del Estado, y por eso mismo, si de lo que se trata es de evitar la intervención del poder punitivo estatal, no tiene importancia el que se excluya de su ámbito algún caso dudosamente subsumible en él.

Por estas razones, es conveniente conocer las diversas clasificaciones de la interpretación de la ley penal, precisamente para establecer cuál de ellas cumple la función garantizadora que no tiene otro objetivo que el uniformar el criterio de interpretación en los jueces penales.

## 1.2.- CLASES.

El tema de la interpretación de la Ley Penal es tan complejo que el sentido y el alcance de la interpretación pueden variar en atención a los sujetos que la realice, las fuentes que se tomen, los medios empleados o en orden al resultado.

En realidad, no debe hablarse sino de una interpretación: la teleológica, que busca la voluntad de la ley. La interpretación como investigación del verdadero sentido de la ley, constituye una operación lógica, es manifiesto que ésta, aunque se valga de diversos medios, en sí misma es esencialmente única y por eso, bajo el aspecto objetivo no puede admitirse especies diversas de interpretación, sino de orientaciones, medios y resultados diversos.

El criterio básico en este tipo de interpretación es la idea de justicia, conforme a este principio hay que dar a cada uno según sus merecimientos y tratar desigual a los que no son iguales. Junto a la idea de justicia y de proporcionalidad hay que también tener en cuenta los fines político criminales que el legislador se propone alcanzar con el establecimiento de las sanciones penales. Con una idea retribucionista del Derecho Penal no pueden explicarse por qué quedan sin sanción algunos hechos, a pesar de encajar en los tipos penales y ser autores culpables. Esto sucede, por ejemplo, con la impunidad que lleva aparejada el desistimiento voluntario en las formas imperfectas de ejecución del delito que supone precisamente la realización de actos punibles constitutivos de tentativa. Esta impunidad se debe a la finalidad perseguida por las sanciones penales de prevención general y especial. Por eso, porque no es necesario, es por lo que se dejan impunes estos actos.

En la interpretación teleológica juega un importante papel el criterio del bien jurídico protegido. La interpretación teleológica de una norma, es una interpretación que se esfuerza en orientar la atención hacia el bien jurídico tutelado por la norma y por tanto hacia el fin concreto. El bien jurídico es un concepto teleológico, esto es, se identifica con el fin legislativamente pretendido.

Los elementos de la interpretación teleológica son:

- a).- Jurídicos, o
- b).- Extra-jurídicos.

En los primeros, incluyen los elementos históricos, el sistemático y la legislación comparada. En los segundos, los elementos políticos, sociológico, ético, económico y físico-geográfico.

Veamos pues el primer elemento, el histórico, para la interpretación de la ley también interesa considerar su nacimiento. Ninguna institución jurídica por moderna que sea surge de la nada, más bien aparece como resultado de una diversidad de elementos que al irse asentando a través del tiempo. Este elemento histórico es imprescindible para comprender algunos problemas del porque de la redacción incongruente de algunos artículos del Código Penal Mexicano. La interpretación histórica plantea, sin embargo, un problema muy discutido en el ámbito de la interpretación como lo es ¿A que debe atender el intérprete, a la voluntad del legislador en el momento de la generación de la ley o a la voluntad objetiva que se desprende de la misma ley?. A esta pregunta contesta la Doctrina de modo claro y contundente, aceptado el criterio objetivo, es decir, atendiendo a la voluntad de la ley.

Ahora bien, de la interpretación que atiende a la voluntad del legislador hay quienes la rechazan argumentando que los motivos pasan y las leyes permanecen. Los antecedentes parlamentarios de las leyes modernas reproducen tan sólo, en el mejor de los casos, la opinión de los partidos colaboradores, el criterio de los ponentes. Con frecuencia muestra la práctica que la ley debe ser aplicada en un sentido y dirección distintos a los queridos por los autores. Se producen nuevas situaciones, nuevos acontecimientos, nuevas formas del delito con las que el legislador no podía contar. La interpretación histórica detiene en el tiempo la ley en el momento de su entrada en vigor, es incapaz de mantener con el paso del tiempo, su eficacia.

Estas discordancias entre voluntad del legislador y de la ley se dan, sobre todo, cuando los motivos que llevaron al legislador a promulgar aquella ley quedaron mal reflejados en ella por un defecto de redacción, resultando en realidad, en muchas ocasiones promulgando lo que no quería el legislador y no obstante ese defecto de redacción la ley es promulgada.

En el elemento histórico, nadie puede negar la importancia que tiene en la interpretación teleológica, el elemento histórico, ello es, el conocimiento del origen y del desenvolvimiento de la ley penal. Se dice que el intérprete debe indagar el origen de una determinada ley y seguir paso a paso su desarrollo y las modificaciones por las que ha pasado, antes de asumir el aspecto y los caracteres que tiene en el contexto actual. El elemento histórico comprende los Códigos anteriores y los trabajos preparatorios que a su vez abarcan: ponencias, discusiones, actas respectivas, proyectos elaborados y exposición de motivos.

En cuanto al elemento sistemático, por ser el ordenamiento jurídico penal en un sistema, cobra gran utilidad la interpretación sistemática o posición sistemática del precepto y su relación anterior. En consideración a que el ordenamiento jurídico es un sistema, la norma penal no tiene vida autónoma, separada, sino que está íntimamente ligada a las restantes normas, siendo por tanto obligatorio relacionarlas para su interpretación.

La función interpretativa del Juzgador no se limita a la aplicación servil e inconsulta de la letra del dispositivo legal, pues la interpretación ha de ir a desentrañar la intención normativa del precepto, del cual la letra no es siempre la expresión cabal del propósito del legislador, de ahí que sea obligatorio para el Juzgador, que interprete en forma sistemática la totalidad del ordenamiento y que no fraccione éste en forma que, por la aplicación de un precepto, se violara el sistema estatuido en el ordenamiento legal.

Los Códigos modernos constituyen un todo orgánico y sistemático. Las palabras y disposiciones legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido general. De aquí se infiere, que pueda y daba atribuirse un significado

lógico a la situación de un precepto en el sistema general de una ley. El legislador no es siempre un buen sistemático, pero esto no implica que sus disposiciones no tengan una lógica interna. El criterio sistemático ofrece una importante ordenación y clasificación de los delitos en la parte especial realizada por el legislador en atención al bien jurídico protegido de ellos. De igual forma este criterio debe ser acogido con sus reservas, no sólo porque el legislador es un mal sistemático, sino también porque las más de las veces las clasificaciones de los delitos se hacen de un modo arbitrario por razones extra científicas, culturales e incluso artísticas. Por eso ha pasado ya la época en que los estudiosos del Derecho aceptaban sin discusión el sistema empleado por el legislador en la parte especial.

Junto a la interpretación sistemática legal existe también una interpretación sistemática científica que aceptando como punto de partida el sistema legal, ordena y clasifica los preceptos penales sirviéndose para ello de una serie de reglas o argumentos lógicos, que se pueden reducir a los siguientes:

\*Argumento analógico.- por el que se permite aplicar un precepto jurídico previsto para un determinado hecho a otro hecho esencialmente similar no regulado anteriormente.

\*Argumento a contrario, según el cual la inclusión de un hecho en un precepto jurídico supone la exclusión de otros hechos.

\*Argumento “a maiori ad minus” en el sentido del que él que puede lo más, puede lo menos, y su opuesto “a minori ad minus”: quien puede lo menos puede lo más.

\*Argumento “ad absurdum”, según el cual las leyes no pueden contradecirse.

Todos estos argumentos no son más que categorías lógicas formales, más o menos útiles en el caso concreto, cuya validez e importancia en la resolución de problemas jurídicos no deben ser exageradas, pero que pueden servir de ayuda también a la hora de interpretar las normas jurídicas.

En la legislación comparada, la relevancia de esta interpretación, se da si tomamos en cuenta su relación con el Derecho Penal, la cual, aunque por lo

general se incluye en forma autónoma dentro de los elementos jurídicos, pueden presentarse dos hipótesis:

- a).- Cuando las legislaciones extranjeras han ejercido influencia en la elaboración de un ordenamiento penal determinado.
- b).- Cuando no han ejercido influencia alguna.

En cuanto a los segundos elementos de la interpretación sistemática:

El elemento político, es de suma importancia, pero no se debe sobrepasar los límites señalados a la interpretación, confundiendo la política con la justicia, también porque ningún legislador tiene necesidad del peligroso celo de los intérpretes para manifestar la propia voluntad en el tiempo, en el modo y dentro de los límites que él considere más oportunos, se debe señalar que una cosa es proyectar sobre la norma jurídica la luz intelectual de un principio político superior, y otra, es ajustar la norma misma a las exigencias políticas, arbitrarias e incompetentemente supuestas por el intérprete, ya que si así lo hiciese, sustituiría la política a la justicia, desconociendo una de las más esenciales garantías constitucionales, la de legalidad.

En lo referente al elemento sociológico, este es de suma importancia, ya que el intérprete no puede cumplir con su función de encontrar la voluntad del texto legal sin conocer los fenómenos que se producen en la convivencia humana. Y por último el elemento ético, la investigación del telos de la ley penal, otorga relevancia a conceptos morales que fundamentan normas penales.

### 1.3.- POR LOS SUJETOS.

Uno de los juicios más equivocados, aún entre abogados, consiste en creer que la ley penal no se interpreta. Esta manera de pensar desconoce el problema mismo; interpretar una ley es entenderla, precisar su contenido, desentrañar su sentido. En las leyes penales, como en otras, puede ocurrir que el texto no se encuentre expresado con claridad; entonces será preciso limitar y determinar sus alcances. Aún siendo clara la ley, será urgente entender su contenido para poder adecuar a ella el caso concreto.

Es por ello que existe la necesidad de interpretar la ley penal y quien más que los estudiosos de la misma y los que a su vez habrán de aplicarla, ya que la ley constituye un proceso irresistible, no obstante todas las prohibiciones. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: “Si bien el artículo 14 Constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aún por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aún conducir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que pueda ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos etc”.<sup>37</sup> Ahora bien, la interpretación de la Ley Penal, conforme al sujeto, puede ser auténtica, doctrinal y judicial.

Por interpretación auténtica o legislativa, debemos entender la que realiza la ley, cuando se dicta, o bien la que es realizada por la ley posterior, para explicar su propio contenido, originándose así dos clases de interpretación auténtica.

a).- Contextual o simultánea.

---

<sup>37</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit., pág. 114.

Esta es la que realiza la misma ley. Existe cuando en una misma ley algunas normas han sido dictadas con la mera finalidad interpretativa de otras normas de la misma ley.

En nuestro Código Penal podemos señalar como casos de interpretación autentica contextual, el artículo 138, referentes al concepto de premeditación, ventaja, alevosía y traición, o sea, con relación a los tipos complementados cualificados o bien, privilegiados, sea de homicidio o lesiones en su caso.

b).- Posterior o ley interpretativa.

La interpretación autentica posterior o ley interpretativa existe cuando la ley dictada es interpretada por otra posterior.

La interpretación doctrinal procede de los juristas científicos, ya que lo cierto es que la ciencia jurídica, al reducir el sistema de derecho positivo e investigar sus fines, constituye una fuente de interpretación de notoria importancia. La separación entre teórica y práctica, de la que es frecuente oír hablar a los prácticos, carece de verdadero sentido. En materia jurídica las teorías están destinadas para servir en la práctica, así como la práctica no penetrada de espíritu científico constituye el más vacío y pobre empirismo, fracasando precisamente ante el caso práctico, pues al no saber ver lo que en éste hay de general, acaba por crear una jurisprudencia contradictoria y arbitraria.

A este tipo de interpretación también se le conoce como privada o doctrinal, es la interpretación que de las leyes realizan los particulares, de ahí su nombre de privada. Se le denomina doctrinal cuando es hecha por los estudiosos del Derecho, por los Doctos de la materia, ya sea mediante tratados, artículos en revistas y periódicos o en la cátedra. Esta forma de interpretación es de gran utilidad, frecuentemente sirve de guía a los juzgadores para normar un criterio, máxime cuando procede de personas cuyo razonamiento poseen capacidad de convencimiento.

La interpretación judicial es la que, en definitiva prevalece con fuerza obligatoria sobre el caso concreto. La ley obliga al juez, pero cuando sus preceptos son flexibles da a los poderes del juzgador amplios dominios.

En este tipo de interpretación se hace necesario que la misma sea progresista o evolutiva en adaptar, adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes; interpretación que debe ser utilizada cuidadosamente, para evitar excederse de los límites señalados en la ley. No cabe duda, que el juzgador como miembro de la colectividad, no puede pasar inadvertido el avance social, político, científico o de cualquier otra índole, para el efecto de amoldar la ley vigente a estos avances, a las nuevas concepciones que se tengan en el mundo en que se vive, pues de otra manera, no se cumpliría con la alta misión judicial, ya que sólo así las leyes penales pueden perdurar y hacer la justicia que reclaman las normas de cultura en cada país y en la hora que se aplican.

#### **A).- INTERPRETACION AUTENTICA O LEGISLATIVA.**

La interpretación de la ley penal consiste en determinar la voluntad de ésta, en el caso que se le presente. Resulta indudable que todas las leyes, hasta que las que permanecen más evidentes, necesitan ser interpretadas. Esto es obvio, pues el Juzgador, antes de que tengan aplicación las leyes, necesita entenderlas. Agréguese a esto que el Juez está obligado a juzgar, a aplicar la ley y consiguientemente a interpretarla incluso en los casos de oscuridad, silencio o insuficiencia de la misma, pues en caso contrario puede incurrir en responsabilidad.

Así tenemos que se denomina interpretación auténtica o legislativa, como se señaló en el punto anterior, precisamente porque es propiamente la exposición de motivos elaborada por el Poder Legislativo, a través del cual se justifica la creación de la Ley, en dicha exposición, en algunas ocasiones, se explican

fundamentalmente los intereses que se pretenden proteger, de ahí su importancia, pues los razonamientos que la motivaron la creación de una Ley pueden ilustrar al intérprete en qué casos la pretensión de los legisladores coincide con la aplicación de la norma a un caso concreto. En la exposición de motivos se establece el significado y alcance de cada una de las palabras claves de los elementos adicionados del tipo penal, por ejemplo: el vocablo obligar, cuyo medio comisivo, de acuerdo a lo establecido por el Legislador, es fundamentalmente la amenaza; sin embargo, es importante destacar que la interpretación auténtica no sólo se lleva a cabo a través de las exposiciones de motivos, también la Ley establece en algunos casos la denominada interpretación contextual, es decir, aquellos supuesto en que el texto legal contiene preceptos que explican el sentido y alcance de otros preceptos, por ejemplo: el artículo 265 del Código Penal Federal, que establece. “Comete el delito de violación quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo...”.

De lo anterior se advierte que el verbo núcleo del tipo es realizar cópula, vocablo este último que significa unión sexual, concepto que a su vez se presta para realizar una interpretación amplia; por ello, el legislador tuvo la necesidad de precisar en el propio precepto el alcance y sentido del término cópula: “Para efectos de este artículo, se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo...”, en este sentido, es dable concluir que la interpretación auténtica no sólo se realiza en las exposiciones de motivos, sino incluso en la propia Ley Penal, en un apartado dentro del propio precepto en cuestión, con el propósito de establecer los lineamientos y alcance de la interpretación.

“La interpretación auténtica, es decir la realizada por el legislador, no requiere de mayores aditamentos explicatorios, ya que es el propio hacedor de la ley él que establece –sin margen alguno de duda- cuál es el alcance y la significación de los preceptos penales”.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. Op. Cit., pág. 95.

Asimismo por interpretación auténtica o legislativa, debemos entender la que realiza la ley, cuando se dicta, o bien la que es realizada por la ley posterior, para explicar su propio contenido, originándose así dos clases de interpretación auténtica:

\*Contextual o simultánea: es la que realiza la misma ley. Existe cuando en una misma ley algunas normas han sido dictadas con la mera finalidad interpretativa de otras normas de la misma ley.

Por ejemplo en nuestra legislación podemos señalar como casos de interpretación auténtica los artículos 136, 137 y 138 referentes a los conceptos de premeditación, ventaja, alevosía y traición, o sea, con relación a los tipos complementados cualificados o bien, privilegiados, sea de homicidio o lesiones según el caso.

\*interpretación auténtica posterior o ley interpretativa existe cuando la ley dictada es interpretada por otra posterior. La emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta. Puede ser contextual o posterior, según se haga en el mismo texto legal o en otro expedido después; es decir, a veces formula normas aclaratorias de otras en el mismo cuerpo legal, o bien, en una ley diferente alusiva a la que se pretende desentrañar.

En si la interpretación autentica o legislativa es la que hace el mismo legislador explicando un texto, fijando en sentido en que para su aplicación, deben tomarse las palabras o expresiones que las componen y determinado su forma correcta de uso. De lo anteriormente señalado podrían servir como ejemplo los decretos que con frecuencia se dictan con el fin de aclarar una ley reciente o poner fuera de duda alguna de sus formas de aplicación.

## **B).- INTERPRETACION DOCTRINAL.**

La mayoría de los tratadistas han ya coincidido en que las fuentes del Derecho son los sitios, momentos o estados de la vida social de donde surge el Derecho.

Las Fuentes del Derecho Penal pueden ser:

\*Reales.

\*Formales.

\*Históricas.

Por fuente real se entiende el conjunto de razones determinantes de contenido de las normas jurídicas, es decir, las causas que impulsaron al legislador a darles vida, aquí influyen en la motivación del legislador las circunstancias históricas del lugar y también el entorno social.

Por fuente formal se entiende el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas, se refiere a los procedimientos mediante los cuales se concreta la regla jurídica y se señala su fuerza obligatoria, es decir, es el cauce por donde corren las fuentes reales.

Por fuente histórica se entiende el conjunto de medios materiales que nos permiten conocer el Derecho vigente, en el pasado, éstos están constituidos por documentos, libros, inscripciones siempre y cuando contengan el texto de la ley.

Ahora bien, las fuentes formales del Derecho son, como anteriormente se ha señalado:

\*La ley.

\*La costumbre.

\*La jurisprudencia.

\*La Doctrina.

Es esta última que está formada por todos los estudios jurídicos llevados a cabo por los hombres de ciencia y sólo es fuente del derecho cuando así lo establece la ley.

En si la interpretación doctrinal es la exposición del contenido de las leyes penales hechas por el científico jurídico penal. En materia jurídica no se comprende una teoría que no esté destinada a servir a la práctica. La dogmática se construye sobre las leyes, pero por los juristas, por otra parte, una práctica que no estuviera penetrada de espíritu científico sería en vano, es decir, no tendría aplicación. Los resultados de los estudiosos del Derecho tiene gran importancia en la aplicación de las leyes, y cotidianamente nosotros los abogados usamos en nuestros debates las opiniones de los tratadistas que sin duda alguna llegan a influir en las sentencias.

Es pues que en esta interpretación, se trata de la explicación del contenido de las Leyes por el científico y consiste en describir la voluntad de la Ley acudiendo a la dogmática jurídica, la interpretación doctrinal es la propuesta por la doctrina científica, que tendrá mayor peso si es doctrina unánime claramente dominante o mayoritaria, pero en cualquier caso tiene el valor de la solidez de la argumentación y su consiguiente fuerza de convicción, hasta el punto que aunque en un determinado periodo la interpretación jurisprudencial no coincida con la doctrina dominante o con una determinada interpretación doctrinal minoritaria, nada impide que su capacidad de convicción determine que a partir de otro momento sea acogida por los aplicadores de Derecho.

La interpretación doctrinal, debe ser considerada la más importante para los Jueces, toda vez que la función de los investigadores científicos en materia penal está encaminada a establecer el marco conceptual respecto a un tema determinado. También pone de manifiesto la razón de ser de cada una de las instituciones jurídicas y proponen el alcance de la Ley Penal en aras de la justicia social, de modo que no habrá nadie que conozca mejor el Derecho Penal que los

que le dedican más tiempo a estudiar el Derecho Positivo vigente. Pues si bien los Jueces todos los días aplican el Derecho, lo cierto es que ellos no tienen el tiempo para profundizar en el estudio de un tema en particular, motivo por el cual se apoyan precisamente en la doctrina y jurisprudencia al momento de resolver.

“Con mucha frecuencia se quiere aislar a la práctica de la teoría, lo cual es inaceptable. No se comprende, una teoría que no sea destinada a servir a la práctica que menosprecie el estudio científico, no sería sino un primitivo y peligroso empirismo, su valor es descollante, ya que divorciar la teoría de la práctica, conduciría al absurdo”.<sup>39</sup>

Por ello, no debemos olvidar que el Juez Penal, al momento de interpretar la norma, toma en consideración que de su resolución depende la libertad de un individuo, por lo que en la soledad de su juicio resulta fundamental para su decisión la opinión de los doctos del Derecho Penal quienes, si bien no tienen siempre la razón mayoritaria, lo cierto es que ilustran al aplicador del Derecho para argumentar jurídicamente de forma adecuada una sentencia.

En conclusión, la opinión de un doctrinario en una resolución pone de manifiesto que el criterio sostenido no está aislado, sino apoyado por quienes hacen la Dogmática Jurídico-Penal.

### **C).- INTERPRETACION JUDICIAL.**

La interpretación judicial es la que se hace por los órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar las leyes según la verdadera voluntad contenida en ellas. Esta es la exacta función de los juzgadores en la hora de hoy, cuando el Derecho positivo,

---

<sup>39</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit., pág. 114-115.

les vincula con la ley previa, sin que por ningún pretexto puedan sustituir las disposiciones vigentes con lo que aquellos crean oportuno o justo.

En si la interpretación judicial es la que se lleva a cabo por los tribunales desentrañando la voluntad de ésta, la cual, es obligatoria únicamente para el caso en concreto a que se refiere, es decir no tiene eficacia obligatoria.

“La interpretación judicial es la que realizan los jueces y Tribunales (integrados por Magistrados), en el ejercicio de su función judicial, a diferencia de la auténtica, que no es obligatoria para todos y que sólo se ejerce en un caso en concreto”,<sup>40</sup> salvo que la interpretación se lleve a cabo por los Tribunales Colegiados de Circuito, las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dado que éstos órganos jurisdiccionales están facultados para hacer jurisprudencia. En otras palabras, un criterio establecido a partir de un caso concreto pero que se convierte en obligatorio una vez que es publicada la síntesis de la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación.

Todos los Jueces Penales interpretan la Ley Penal, sin embargo, la interpretación plasmada en la sentencia correspondiente y que motiva el sentido de la propia resolución, ya sea para absolver o condenar al inculpado, es revisado en principio por el Tribunal de Apelación, y posteriormente por los Tribunales Colegiados cuando se promueve el Juicio de Amparo en contra de la Resolución emitida por el citado Tribunal de Apelación. Es en este paso en que los Tribunales Colegiados, avalan el criterio sustentado por el Juez y confirmado por la Sala, o difieren del mismo, estableciendo una diferente interpretación, en cuyo caso dejan insubsistente la sentencia combatida a través del juicio de garantías, ordenando la libertad del sentenciado o la modificación de la pena impuesta en los supuestos que se conceda el amparo cuando es dado de fondo, o indicando a la autoridad responsable las violaciones de forma en que incurrió, las cuales se deben subsanar mediante la emisión de otra resolución.

---

<sup>40</sup> MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 2005, pág. 221.

Obviamente, se trata de una pirámide de obligatoriedad interpretativa, que transita desde la emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia pasando por las Salas integrantes de la misma y terminando en los Tribunales Colegiados de Circuito. Sin embargo, se necesitan ciertos requisitos para la obligatoriedad de la interpretación judicial.

En cuanto al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se encuentra integrado por diez Ministros y el Presidente mismo, totalizando once Ministros. Tratándose de la jurisprudencia integradora de las tesis o del ejercicio del fuero de atracción, la votación será de siete de los once Ministros integrantes del Pleno, aun cuando éste pueda funcionar con un número menor en asuntos ordinarios; cuando se trate de controversias constitucionales la mayoría requerida será de ocho de los once Ministros integrantes del Pleno.

Para la integración de la Jurisprudencia obligatoria se requerirá de cinco sentencias seguidas en el mismo sentido, sobre asuntos iguales, sin ninguna en contrario que las contradiga, y requerirá de la aprobación de siete de los once Ministros integrantes del Pleno, cuatro de los cinco Ministros integrantes de las Salas, y tres de los tres Magistrados integrantes de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Para cambiar la jurisprudencia será necesario que se pronuncie una ejecutoria por el Pleno o por las Salas, con el quórum y votación requerida, o por unanimidad de votos si se trata de un Tribunal Colegiado, la ejecutoria debe contener las razones en que se apoye la interrupción de la jurisprudencia mantenida.

Actualmente, existe una crisis de interpretación de la Ley Penal en México, dado que no hay uniformidad de criterio de aplicación de la misma en los órganos jurisdiccionales. Basta citar el número de tesis por contradicción pendientes por resolver en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin que este número sea representativo de la diversidad de criterios, pues sólo en muy pocos casos se establece jurisprudencia y más reducido es el número de los que se denuncia la contradicción de Tesis.

Esto nos lleva a concluir que la libertad de una persona depende del criterio del Juzgador, el cual, en algunas ocasiones no está debidamente sustentado, menos argumentado jurídicamente, lo que resulta sin lugar a dudas alarmante, ya que inseguridad jurídica es igual a abuso del poder del Estado y a impunidad del delito; empero, eso no debe constituir un desaliento para los estudiosos del Derecho, sino un aliciente para continuar estudiando y trabajando conjuntamente en el quehacer jurídico, es un reto no exclusivo del poder judicial, sino de aquellos que de alguna forma estamos conectados al Derecho Penal.

### **1.5.- POR EL METODO.**

En cuanto al método, lo primero a lo que lógicamente debe atenderse para iniciar una tarea de interpretación es la fijación del texto, pues siendo su contenido el que trata de desentrañarse, el trabajo partiría de una base falsa si no se aplicara el estudio a la propia y exacta disposición legal sino a una versión alterada o supuesta de la misma.

Puede ser, por ejemplo, que la edición de una ley se publique con errores en la escritura; que el texto promulgado o mandado a publicar no corresponda al aprobado por los órganos legislativos; que como fe de erratas, se publiquen verdaderas enmiendas al texto aprobado, sin someterlas previamente a las Cámaras; o, como también suele suceder, que se modifique sustancialmente y aún se contraríe una ley por medio de un reglamento, de una disposición administrativa o de circulares expedidas por oficinas interesadas en su aplicación. Ninguna de estas cosas es, ni forma parte de la ley que se ha de interpretar o aplicar.

De acuerdo con este punto de vista, la interpretación puede ser gramatical, lógica, sistemática, teleológica.

\*Gramatical.- Consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal. Sobre la redacción auténtica del precepto ha de iniciarse el estudio analizando cuidadosamente en sus términos, para saber si alguno de ellos se emplea con sentido ético, científico o jurídico, apegándose a éste significado y no a su aceptación vulgar.

\*Lógica.- Tiene como objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios. Procura descubrir la atmósfera en donde nació la ley a la vida jurídica, para desentrañar el fin que persigue, para ese descubrimiento del fin perseguido por una ley y dar justo sentido a las palabras empleadas por ella, se ha recomendado siempre un método histórico que consiste en ponerse en las mismas condiciones en que se produjo la disposición, a fin de advertir la necesidad que provocó su expedición, el mal que trato de remediarse, el hecho social que quiso impulsar, mantener o prevenir, el interés que debió amparar jurídicamente, las leyes o doctrinas que sirvieron de modelos o de inspiración y aun el sentido usual que tenían las frases empleadas. Todo ello contribuiría a trazar la línea directriz hacia el fin que se propuso en la ley de que se trate y hacia la exacta interpretación de la misma. Para esta interpretación deben tenerse presentes, según lo antes señalado, los factores sociológicos, éticos, políticos e históricos, en concordancia con el Derecho comparado.

La interpretación lógica debe hacerse, naturalmente, en forma sistemática; por tanto es preciso atender a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la norma que se interpreta, la cual forma parte de un cuerpo de leyes y éste, a su vez, del ordenamiento total. El Derecho es uno solo y en él debe haber armonía. En caso de aparente contradicción de unas normas con otras, deberá tenerse presente la jerarquía de leyes. En este tipo de interpretación de la Ley Penal no sólo el sujeto que la realiza sino el método que aplica es sumamente necesario para tal efecto.

“Pero todo lo anterior se subordina al único método de interpretación que se identifica con la interpretación misma: el método teleológico que atiende al fin de la

ley, para iluminar desde ahí todos los métodos y pasos que se han de dar en esta labor de interpretación”.<sup>41</sup>

Este método teleológico adquiere su propia significación los tipos de los delitos, puesto que según sea el interés o bien jurídico que trate de protegerse, serán varias las consecuencias, los casos de aplicación, las exigencias y el ambiente creado para cada tipo penal.

Adviértase que, no obstante que la interpretación tiende a descubrir la voluntad de la ley o el sentido de las disposiciones que son esencialmente imperativas, no es exactamente descubrir el fin de una ley que hacer su total interpretación: aquél es guía y orientación para lograr ésta; pero la última, como medio de realizar aquél fin, tiene sentido particular y reúne consecuencias y especialidades que son derivaciones más o menos próximas del conocimiento de aquel fin perseguido.

### **A).- INTERPRETACION GRAMATICAL.**

La interpretación gramatical, también denominada interpretación literal, consiste en averiguar el significado de las palabras que integran la Ley Penal en su sentido lingüístico, con apoyo en el entendimiento que deriva del contenido literal de su texto. Las palabras empleadas en la Ley deben ser entendidas en sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico.

La búsqueda de la ley por el significado literal, quiere decir que es posible la coincidencia entre la voluntad de la ley por el significado literal, pero puede ocurrir que no haya tal coincidencia. La interpretación gramatical, es por tanto la primera fase a través de la cual el jurista debe pasar para dar un significado final a la

---

<sup>41</sup> VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1983, pág. 149.

palabra de la ley, pero esta interpretación no siempre es suficiente para esclarecer el contenido de la voluntad de la ley misma.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que la interpretación gramatical debe ser coincidente o acorde con el telos de la ley, pues de lo contrario, el significado literal, sería irrelevante. No es concebible una interpretación solamente literal y que no debe extenderse más allá de la expresión defectuosa a buscar el contenido y la razón verdadera de la norma; tampoco es concebible una interpretación que proceda únicamente con la base de elementos extraliterales, y que de la letra de la ley no se sirva como uno de los coeficientes indispensables de la reconstrucción. En realidad la interpretación es una sola, literal y lógica a la vez, y la distinción es válida para reconocer los dos momentos de una actividad única, los diversos medios de que la interpretación se vale, y no para establecer dos especies distintas de aquélla, se afirma que hay que interpretar las leyes en armónico conjunto de lo que dicen literalmente y del fin que persiguen desentrañando la expresión con primacía del telos. Lo literal cuando se acepta, es porque coincide con el telos, que es lo que priva en la interpretación. Tan es así, que cuando lo literal es discordante, luego entonces es válida la interpretación gramatical si no coincide con la teleológica.

De mejor forma explica el Maestro Guastini, que la interpretación literal o declarativa “puede entenderse como la interpretación que atribuye a una disposición su significado literal, es decir, el más inmediato que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas...Son dos los principales argumentos que se aducen a favor de la interpretación declarativa: el argumento del lenguaje común y el argumento al contrario. El argumento del lenguaje común apela sencillamente al significado ordinario de las palabras y las reglas gramaticales de la lengua usualmente aceptadas. Se argumenta al contrario siempre que se aduce que el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir y es evidente que lo que no ha dicho no quería decirlo; si hubiese querido decirlo, lo habría dicho. Como se pone en manifiesto, el argumento se rige por presunción de una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto

normativo. Esta forma de argumentar pretende excluir que una determinada disposición normativa pueda atribuírsele un significado más amplio que el que se desprende de su interpretación literal. El argumento a contrario puede usarse tanto para colmar una laguna como para crearla”.<sup>42</sup>

La interpretación gramatical trata de desentrañar la voluntad de la ley atendiendo el significado propio de las palabras con que ésta expresada, y comprende tanto el elemento literal como el sintáctico. Es preciso partir del supuesto de que todas las palabras contenidas en las disposiciones legales tienen su razón de ser, nada es superfluo, y que de estas se hallan formuladas para expresar exactamente la voluntad legal. Por eso no pueden interpretarse de distinto modo de lo que dicen, alegando un pretendido error de redacción o el deseo de adentrarse mejor en su sentido.

Sin embargo, no siempre basta con averiguar el significado de las palabras de la norma en su sentido lingüístico, algunas ocasiones hay que investigar el significado jurídico de un término, distinto al lenguaje vulgar.

## **B).- INTERPRETACION SISTEMATICA.**

Se llama sistemática, señala el Maestro Guastini, “toda interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el sistema de Derecho: unas veces en el sistema jurídico en su conjunto, más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución. En la práctica se hace interpretación sistemática siempre que para decir el significado

---

<sup>42</sup> GUASTINI, Ricardo. Estudio Sobre la Interpretación Jurídica, Editorial Porrúa y Universidad Nacional de México, Segunda Edición, México, 2000, pág. 25-26.

de una disposición no se atiende a la disposición misma aisladamente considerada, sino el contexto en el que está situada”.<sup>43</sup>

Ninguna disposición se puede interpretar aisladamente sino de acuerdo con un método sistemático, que consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer. Este mismo propósito de interpretación sistemática, se debe tomar en consideración todo el conjunto o régimen jurídico del Estado y no sólo de la ley penal, pues ésta supone los tratados celebrados con otros países, descansa sobre las bases constitucionales y se debe coordinar con todas las demás leyes civiles y administrativas que constituyen una unidad, aunque sea por hipótesis. Es preciso coordinar todas las disposiciones que se refieren a un mismo asunto; y si llega a encontrarse oposición entre algunas de ellas, es necesario reconocer la jerarquía que existe entre sus diversas fuentes, dando preferencia a los compromisos internacionales; a la Constitución Federal, incluyendo sus leyes reglamentarias; a la Constitución local, si se trata de un Estado componente de la Federación; a las leyes especiales, cuando las haya sobre el caso; y por último, a las leyes generales y a sus reglamentos.

La ley penal debe interpretarse como un conjunto armónico, ninguna disposición debe ser considerada aisladamente, las normas deben entenderse enlazadas entre sí, que el interprete no debe magnificar el sentido de alguno de sus preceptos, ni minimizar el de otros; y que debe compatibilizar positivamente y no destruir entre si las reglas de la ley. La interpretación, debe resultar armónica, coordinada, equilibrada, anticonflictiva y útil.

Lo anterior significa que a un precepto se le debe atribuir el significado sugerido por el lugar que ocupa en el texto del que forma parte, siempre que el significado así obtenido no sea incompatible con otra regla del mismo ordenamiento.

---

<sup>43</sup> GUASTINI, Ricardo. Op. Cit., pág. 43-44.

La confrontación o separación sistemática de los términos de un precepto con los de otros idénticos o similares que pueden conducir a dos tipos de resultados opuestos, a bien a una interpretación en el mismo sentido de los otros preceptos, o a una interpretación sensu contrario y sobre ello, generalmente no decide la propia lógica formal, sino más bien consideraciones teleológicas y valorativas de fondo.

A ese respecto, la confesión como comportamiento con efectos atenuantes de la pena se ha presentado con indudables situaciones morales o religiosas, dado que el sujeto, por el delito cometido, se arrepienta ante las autoridades, confesándose ante ellas en busca de la reconciliación; sin embargo, desde hace tiempo gran parte la doctrina ha reclamado que el fundamento de la atenuante se desprende de connotaciones religiosas y estriba en el voluntario ingreso del sujeto en el orden jurídico, lo que reflejaría una menor necesidad de pena, principalmente por razones preventivos especiales, pero la supresión de requisitos para contemplar la confesión, como atenuante, no favorece la búsqueda del sentido de su eficacia en la medición de la pena.

Así, es dable concluir que el comportamiento posterior del acusado, con relación al delito cometido, a que hace referencia la fracción VI del artículo 52 del Código Penal Federal, sólo influye en la medición de la pena cuando representó un medio para reducir el daño o peligro causado a los bienes jurídicos afectados por el delito, o cuando se impidió la afectiva causación de la lesión al bien jurídico protegido por la norma.

En atención al principio de proporcionalidad no puede tratarse de la misma forma a quien después de causar un daño o peligro lo repara o disminuye, o impide que se produzca efectivamente la lesión o el peligro correspondiente, que a quién deja intacto el daño ocasionado, caso este último, en el que se ubica la confesión, dado que este comportamiento no beneficia en forma alguna el bien jurídico afectado por el delito, de ahí que no alcanza relevancia singular para la medición de la pena.

Luego, si el propio artículo 52 del Código Penal Federal, establece que se fijarán las penas con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad, ello significa que nuestro sistema penal acoge un Derecho Penal por el hecho, en virtud del cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual constitutivo de delito y no al comportamiento posterior, menos a la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.

Sólo una interpretación de esta naturaleza permite que subsista la armonía del sistema penal, dado que en aquellos casos en que exista un comportamiento positivo posterior a la comisión del delito que tienda a beneficiar en alguna forma el bien jurídico afectado por el delito, estará plenamente justificado que se tome en cuenta para medir la pena, ya que se relaciona directamente con el hecho culpable.

En cambio, al tomar en consideración la confesión como comportamiento posterior al delito para medir la pena, queda en flagrante contradicción con el principio de la culpabilidad, por el hecho al que nos hemos referido, se insiste, dicho comportamiento no tiene ninguna relación con el delito cometido, solo beneficia a la pronta persecución e impartición de justicia, elemento ajeno a la sistemática de la individualización de la pena establecida en el artículo 72 del Código Penal.

### **C).- INTERPRETACION ANALOGICA.**

En este tipo de interpretación es muy común, la confusión entre interpretación analógica y aplicación analógica de la ley penal, cuando en realidad se trata de cuestiones diferentes. La aplicación por analogía consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a crear delitos no establecidos por la ley, mientras la interpretación analógica estriba en

aclarar la voluntad de la norma al comprender situaciones que inmersas en el propósito de la ley, no se describen expresamente. Nuestra Carta Fundamental prohíbe de manera terminante la aplicación analógica, pues al ser efectuada por el Juez equivaldría a la integración misma de la ley y tal tarea sólo corresponde al legislador. En cambio la interpretación analógica se realiza con apoyo en una situación prevista en la misma norma jurídica; ello ocurre en varios casos, como por ejemplo: lo establecido en el artículo 387 del Código Penal Federal que señala: “Al que obtenga dinero, valores, o cualquier otra cosa ofreciendo...”, por lo que indudablemente en la frase “cualquier otra cosa”, se está facultando al intérprete para usar la analogía como sistema o método de interpretación.

Para el Maestro Pavón Vasconcelos “la analogía debe conectarse, necesariamente, con el problema de la integración de la ley penal; la simple interpretación analógica sale de tal reducto, pues no es su misión crear normas para resolver un conflicto que no se encuentra, por la presencia de una laguna de la ley, solución concreta en el ordenamiento jurídico”.<sup>44</sup>

La interpretación analógica consiste en un medio lícito de comprensión de la ley penal, por cuanto una disposición oscura o dudosa puede ser entendida de acuerdo con otros textos penales que regulen casos semejantes.

Por interpretación analógica debe entenderse la interpretación de un precepto por otro que prevé caso análogo, cuando en el último aparece claro el sentido que en el primero está oscuro. Distinta de la interpretación analógica es la aplicación analógica de la ley, que consiste en hacer aplicable la norma a un caso semejante, pero no comprendido en la letra ni en el pensamiento de la ley.

Cuando a juicio de quien interpreta la enumeración realizada por el legislador, en una regla general, tenga carácter ejemplificador y no exhaustivo, se debería atribuir a aquélla un significado de tal forma que incluya los supuestos

---

<sup>44</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Quincuagésima Edición, México, 2007, pág. 69.

mencionados, explícitamente en ella, que participen de las mismas propiedades que los ahí incluidos.

Así, la extensión analógica de una norma presupone la previa identificación de su llamada ratio, es decir de la razón, el motivo, el objeto por el que fue dispuesta la norma. En rigor, este argumento sirve para sostener no ya una tesis estrictamente interpretativa, sino más bien la formulación de una nueva norma; puede decirse, por consiguiente, que el argumento a símil no es tanto un argumento interpretativo cuanto, por el contrario, es un argumento productor de nuevo derecho.

Como hemos podido observar a lo largo de la explicación de las diversas formas de interpretación, se pueden concluir en forma breve lo siguiente:

Interpretar significa aclarar, entender y explicar lo que es oscuro y confuso, asimismo, se entiende como desentrañar el sentido de una cosa. En relación con este punto, se entiende distinguir los elementos siguientes:

\*La expresión en su aspecto físico, el signo sensible, la articulación de sonidos en el lenguaje hablado, los signos escritos en el papel etc.

\*La significación. Lo que la expresión significa en el sentido de la misma, parece que la significación es el objeto a que la expresión se refiere, pero no es así porque entre la expresión y el objeto hay un elemento intermedio, la significación.

\*El objeto. La necesidad de distinguir la significación del objeto resulta clara cuando, después de comparar diversos ejemplos, nos percatamos de que varias expresiones pueden tener la misma significación pero objetos distintos, o de que es posible que tengan significación diferente pero el mismo objeto. Naturalmente que existe la posibilidad de que difieran en ambos sentidos o en ambos coincidan.

## CAPITULO III.

### 1.- CONCURSO APARENTE DE NORMAS.

Antes que nada es necesario señalar la terminología que la doctrina ha empleado en cuanto este tópico se refiere, así tenemos que se le ha denominado: “concurso de leyes, concurso de normas penales, concurso de tipos, conflicto de leyes”, pero últimamente los autores han señalado que es incorrecto el uso de estos términos, por estimar que si la naturaleza de las normas en colisión o en concurrencia no da origen a la aplicación simultánea de todas ellas, no puede hablarse con propiedad de la existencia de un verdadero concurso.

Actualmente se designa a este tema con el nombre de “concurso aparente de normas, apariencia de concurso o concurrencia incompatible, subrayando que la existencia de una colisión de leyes o normas penales en el cual una de ellas es la aplicable con exclusión de todas las demás. Desde este punto de vista dice el Maestro Francisco Pavón Vasconcelos, “resulta más propio hablar de apariencia de concurso, de concurso aparente de normas o bien de concurrencia de normas incompatibles, que de concurso de normas, concurso de leyes penales. Por esta razón, habremos de emplear...las expresiones concurso aparente de normas, concurso impropio o concurrencia de normas incompatibles entre sí”.<sup>45</sup>

O como bien señala el Maestro Eduardo López Betancourt, “por nuestra parte señalamos que hay concurso de normas, cuando una conducta realizada puede tipificarse o encuadrarse dentro de dos o más disposiciones penales”.<sup>46</sup>

Pues bien, se puede decir que cualquier definición sobre el concurso aparente de normas ha de referirse fundamentalmente al hecho de la pretensión normativa del caso en particular, por una pluralidad de disposiciones legales y al fenómeno de su exclusión con prevalencia de una de ellas sobre las demás. Por ello,

---

<sup>45</sup> PAVON VASCONCELOS Francisco. Op. Cit., pág. 24.

<sup>46</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1997, pág. 213.

comúnmente se afirma la existencia de un concurso aparente, cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, de manera que el problema del Juez consistirá en dilucidar cuál norma debe aplicarse con exclusión de las demás.

Al concurso de normas también se le ha denominado concurso aparente de normas, con la finalidad de precisar que no se han violado varias normas, sino una sola, siendo las demás inaplicables. En efecto, cuando aparentemente son varias las que pueden imponer y entonces el Juez puede aplicar se insiste sólo una, existen varias formulas denominadas principios; las más importantes son las siguientes:

- a).- Principio de especialidad.
- b).- Principio de consunción.
- c).- Principio de subsidiariedad.
- d).- Principio de la alternatividad.

En este orden de ideas, hemos de señalar que el concurso aparente de normas ha sido ubicado por la doctrina en los diversos grupos de materias que tradicionalmente se ha dividido el estudio de la ciencia del Derecho Penal.

La posición clásica, ubica dicho concurso dentro de la Teoría General de los Concursos, es decir, en la Teoría General del Delito, pero más concretamente dentro de las formas de aparición del delito (Parte General del Derecho Penal).

Una segunda posición ubica al concurso aparente de normas dentro de la Teoría General de las Normas, esto es, en la Teoría de la Ley Penal (Parte General del Derecho Penal), lo anterior por estimar que los problemas que suscita al interprete la aplicación de la ley, lo llevan al conocimiento de todos aquellos casos en los cuales hay convergencia de normas tendientes a la regulación del caso particular,

sean esas normas o no, por su naturaleza, susceptibles de aplicarse simultáneamente. Si bien se mira la cuestión, habrá de convenirse en que si el derecho ha sido dictado para regular conductas humanas, su aplicación constituye la afirmación de su validez, de manera que toda actividad que competa a la jurisdicción penal habrá de traducirse en la activación de las normas penales.

Una tercera posición coloca al concurso aparente de normas en la Teoría de la pena, en esta Teoría se sostiene que el Concurso de Normas, corresponde al campo de las relaciones entre los delitos y las penas, así como a la eficacia de la ley penal; esta forma de apreciar este tópico, en un principio se ve satisfactoria ya que se apoya en la relación necesaria existente entre el delito y la pena, sin embargo, aunque la pena constituye la consecuencia de la comisión del delito, en el ámbito jurídico el enfoque teórico del problema atañe a la ley penal y en forma más precisa, a la aplicación de la misma al caso particular, lo que desde luego vendrá en última instancia hacer posible el señalamiento de la pena.

Un cuarto criterio analiza el Concurso aparente de Normas, en la tipicidad, en forma particular al referirse a la adecuación típica, es decir, atañe a las relaciones de las figuras penales entre sí, ya que en los Códigos las figuras penales que se establecen en el mismo, se advierte de la naturaleza de sus descripciones que no siempre existen entre ellas disyunción perfecta, pues cuando un hecho encuadra, en una figura determinada, las demás figuras son neutrales o indiferentes respecto a dicha situación, siendo evidente la nula repercusión que una figura tiene respecto de otra, con lo anterior se quiere establecer que las relaciones que las figuras penales guardan entre sí, son importantes para resolver múltiples situaciones, respecto a la unidad de delito, que es una cuestión previa al llamado concurso de delitos, ya que de lo que se trata es de saber cómo se aplica la ley en los casos en que sólo aparentemente es posible un encuadramiento en forma doble a un hecho.

Por último, existe el criterio en el sentido de que el Concurso aparente su estudio debe realizarse en la Teoría de la aplicación de las normas, en lo que se denomina la interpretación de la ley penal, ya que se sostiene que el conflicto de

normas incompatibles resulta del problema de la aplicación de la ley, ya que puede ocurrir que en ocasiones que dos preceptos penales pueden regular un solo hecho, con lo que se origina el llamado “conflicto aparente de disposiciones penales”, debiéndose destacar que no todas esas disposiciones se encuentran dispuestas por el legislador en el mismo rango, por lo que se trata, consiguientemente de un problema de aplicación de la ley, lo que en realidad se trata es a lo más de la concurrencia aparente de una norma con otra, existiendo en ambas la pretensión de regular un caso en concreto.

El problema de la aplicación de la Ley Penal se encuentra íntimamente vinculado con el de la concurrencia de normas jurídicas. Aunque ordinariamente la jurisdicción penal, que culmina con la sentencia, se limita esencialmente a la declaración del derecho mediante la determinación de la norma singular que rige el hecho enjuiciado, así como su aplicación al caso en particular, en ocasiones el Juzgador en el examen del hecho tiene que precisar, mediante el fenómeno de la investigación de las normas aplicables, cuáles de las concurrentes regulan el caso considerado.

En el tema concerniente a la eficacia de la ley penal, se abordan los problemas inherentes a la sucesión de leyes penales y a los límites espaciales y personales de las mismas, también se destaca que en el ordenamiento penal como en otros ordenamientos jurídicos, no siempre coexisten, por estar en vigor en un mismo tiempo y en un mismo lugar, puestas en relación con figuras delictivas concretas, resultan ser aplicables, ya que en algunos casos la aplicabilidad de algunas de ellas excluye la aplicabilidad de las otras, situación que origina el fenómeno jurídico del “concurso o conflicto aparente de normas”, también denominado “concurso ficticio de leyes”, en el cual ocurre el fenómeno de que en el caso concreto parece ser conforme a varias figuras delictivas abstractas, no obstante lo cual una de las distintas normas le es aplicable.

En este tema también se ha señalado que mientras las normas concurrentes puedan coexistir no se crea problema alguno, sin embargo éste surge en el momento que las normas que viene en concurrencia a disciplinar el mismo

supuesto de hecho, se excluyen de tal modo entre sí que la aplicación de una repele necesariamente la efectividad de la otra. En tal caso se le plantea al Juez la tarea esencial de eliminar de aquel material normativo que tiene a su disposición una de esas normas que provocan el conflicto de concurrencia.

Ahora bien, si el llamado concurso aparente de normas es un problema de concurrencia de normas, debemos tener presente que ésta comprende dos hipótesis distintas:

1).- La concurrencia de normas compatibles, en la cual se origina el concurso de delitos, que puede dar base a la acumulación de penas.

En este caso “existe una gran confusión en el mundo académico, cuando se habla de concurso de normas y concurso de delitos. Para muchos son sinónimos; pero, insistimos en precisar la diferencia entre ellos: hay concurso de delitos cuando en una conducta se infringen varias disposiciones penales. En cambio habrá concurso de normas penales cuando haya varias disposiciones que sean factibles de aplicarse a una sola conducta.”<sup>47</sup>

2).- La concurrencia de normas incompatibles, en la que el Juez mediante la aplicación del principio de elección, resuelve el conflicto a favor de una de ellas, con exclusión de todas las demás.

Esta última tarea no se limita solamente a la función interpretativa de la ley, ya que no se trata simplemente de precisar el alcance de las normas, sino de elegir entre las concurrentes la que debe aplicarse, lo cual implica necesariamente la eliminación de las demás.

Cuando el problema de la convergencia de normas, con pretensión de regular un caso particular, se le presenta al Juzgador, éste debe resolver si es el caso de declarar la existencia de un concurso, ideal o formal o bien real o material de delitos, y en consecuencia proceder a la acumulación de las penas si ello en el

---

<sup>47</sup> CRUZ Y CRUZ, Elba. Teoría de la Ley Penal y del Delito, Editorial IURE, Primera Edición, México, 2006, pág. 86.

caso es procedente, o aplicar solo una de las normas incriminadoras excluyendo a las otras por incompatibles.

El problema que se le plantea al Juzgador en el caso de concurrencia de normas incompatibles no resulta sencillo, pues se presentan estas interrogantes: ¿cómo se establece cuándo el concurso sólo es aparente? ¿Cómo se comprueba que dos normas coexistentes que a primera vista se adoptan al mismo hecho, no pueden aplicarse ambas?. El primer recurso de que se vale el Juzgador lo puede dar la propia ley penal, cuando esta excluye la aplicación de una de ellas, ya que frecuentemente aparecen en la ley fórmulas de este aspecto, como son los siguientes ejemplos: “cuando el hecho no esté previsto como delito por alguna disposición particular de la ley; si el hecho no constituye un delito más grave; fuera de los casos indicados en el artículo...”. La reserva que en tales casos figura en la ley, excluye la existencia de un verdadero conflicto de normas, ya que es la propia ley la que explica la disposición que hay que aplicar, estableciendo que una de ellas sola vale para el caso de que no concurren los requisitos de aplicación de la otra.

De todo lo expuesto anteriormente ha llevado a la Doctrina a destacar la diferencia entre los auténticos conflictos de normas de aquellos que no lo son, porque la mera apariencia de colisión se produce a virtud por así decirlo de un pluralismo jurídico, originado de una confusión que desaparece una vez considerando debidamente el problema. Requierase por tanto, en la concurrencia de normas incompatibles, una auténtica colisión de normas, un verdadero conflicto entre ellas que ha menester de preceptos que establezcan la solución o que cuando menos, oriente al Juzgador, en su labor de aplicación de la ley, puede ante todo resultar que las figuras jurídicas que lucen con igual luz, tengan también el mismo poderío disciplinario y entonces lo mismo dará al Juzgador sancionar con una que con la otra figura, pues ante situaciones iguales o ya parecidas la elección es perfectamente libre, dado que no se produce ninguna alteración con la otra en una situación demás por lo que concierne a la pena; ó en una diferenciación cualitativa por lo que respecta al agregar alguna circunstancia que la pudiera hacer parecer

una ley especial. En estos casos el interprete debe precisar, las normas que puedan disciplinar los supuestos de las reglas de especialidad y de mayor gravedad (AGRAVANTES O ATENUANTES) que como sabemos pueden estar establecidas en los propios artículos del Código Punitivo.

Además del conflicto que caracteriza al concurso aparente de normas, cobra fundamental importancia el que las normas, por su especial naturaleza incompatible, se excluyan entre sí, o sea que en la regulación del caso en concreto, aún cuando exista entre ellas coexistencia disciplinante, una habrá de aplicarse con exclusión de todas las demás. Ello significa que las normas no pueden aplicarse simultáneamente originando un concurso ideal de delitos, pues precisamente lo que caracteriza al concurso impropio, excluyendo unas de las otras.

### **1.1.- PRESUPUESTOS DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.**

El origen del estudio del problema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, la encontramos en Adolfo Merkel, desarrollado posteriormente por otros juristas, especialmente alemanes, hasta cobrar hoy en día su debida importancia.

Pues bien, como antes se señaló, se puede decir que estamos frente a la concurrencia de normas incompatibles entre sí, cuando se encuentra una materia disciplinada o reglamentada por dos o más normas, incompatibles entre sí.

Para determinar cuál es el lugar que debe ocupar el tema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, debemos saber qué es lo que se trata de resolver en este problema. Y es incuestionable un problema de aplicabilidad de la norma penal; saber de dos o más normas que regulan una materia, cuál de ellas es la aplicable y cuál de ellas queda excluida.

Para dar respuesta a lo antes señalado, nos ocuparemos ahora de un importante grupo de reglas que resuelven las relaciones que interfieren entre las diversas disposiciones penales, coordinándolas según su rango, de modo que la aplicabilidad de unas se condicione a la aplicabilidad o no aplicabilidad de otras. El problema surge en el proceso de subsunción, en el que hay que estudiar, por tanto, cómo se relacionan o se jerarquizan entre sí las diversas figuras penales y hasta las variadas disposiciones de orden general.

Sabemos que todo ordenamiento jurídico, está formado por diferentes disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurren en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso en concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo una disposición consiente o excluye o sucesiva aplicación de otra, respecto a la misma situación de hecho. A este se llama conflicto aparente de disposiciones penales, que no sólo se presentan en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de parte general, como podría ser una circunstancia agravante o atenuante. Decimos que es un conflicto aparente, porque el ordenamiento jurídico ofrece, de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso en concreto. Este conflicto sería verdadero si el ordenamiento jurídico no brindase reglas para resolverlo; pero afortunadamente no es así.

Siendo así que a continuación se destacan los siguientes presupuestos, sin los cuales sería difícil, y más aún ya siquiera plantear la existencia del concurso aparente de normas y las soluciones que se le dan a este problema.

1).- Si el llamado concurso de leyes o concurso impropio, requiere de una conducta o hecho que caen bajo el supuesto abstracto de varios preceptos penales, ello pone de relieve que dicha concurrencia de normas implica, en forma necesaria, una contemporánea validez de las mismas, por cuanto todas ellas tienen obligatoriedad en un momento determinado, en un idéntico ámbito temporal

de aplicación. La sucesión de leyes está vinculada con el ámbito de aplicación de la ley penal en el tiempo, derivado de la necesidad de determinar cuál ley es aplicable en el caso concreto, de acuerdo con el tiempo de comisión del delito, pues el principio rector es el del tiempo de la comisión del delito; en el concurso aparente, siendo las normas simultáneas en el tiempo, y concurriendo en un mismo momento, una de ellas será la aplicable.

2).- La concurrencia de normas, en su simple posibilidad de existencias supone que las normas concurrentes tienen idéntica validez espacial, por cuanto son obligatorias y por ello aplicables en un mismo territorio, precisamente aquél en que se produce la conducta o hecho que pretende regular; entre ellas existe idéntico ámbito espacial de aplicación.

3).- De igual manera, siendo el concurso aparente substancialmente un conflicto, éste presupone que las normas concurrentes regulan la misma conducta o hecho con independencia de su diversa estructura. Las normas penales deben regular la misma situación de hecho, circunstancia o fenómeno, pues si disciplinan hechos diversos no puede decirse que las normas coexistan produciendo el conflicto, ya que cada una de ellas se referirán y por ello disciplinarán el hecho, pero el hecho o situación fáctica que constituye el presupuesto para el planteamiento de norma disciplinante.

El aplicador y por ello el intérprete de la ley, debe en cada caso considerar, proceder y establecer previamente la elección de la norma, si se reúnen o no los presupuestos aludidos, puesto que su ausencia implica definitivamente la imposibilidad del concurso aparente de leyes. Si no hay validez contemporánea entre las posibles normas aplicables, podrá darse según lo dicho un problema de sucesión de leyes en el tiempo, que se resuelva mediante la aplicación de una de ellas con exclusión de las otras a virtud de la retroactividad de la ley o de la irretroactividad de la misma, pero no de un concurso aparente. Igualmente si ni hay validez espacial, por no existir obligatoriedad de todas en el mismo territorio, podrá hablarse de un conflicto entre normas en el espacio, el cual puede originar la extraterritorialidad de una de ellas, pero nunca una apariencia de concurso. Por

último, un auténtico conflicto de normas precisa de una coexistencia disciplinante, pues de no existir la posibilidad de que disciplinen normativamente la misma conducta o hecho, no habrá manera de plantear siquiera el concurso aparente.

## **1.2.- EL CONCURSO APARENTE Y LAS DIVERSAS CLASES DE NORMAS EN LAS QUE SE PRESENTAN.**

Sabemos que existen reglas sobre los principios generales de aplicación e interpretación de las leyes punitivas, pero hay otras que en forma taxativa o implícita, dentro del ordenamiento jurídico complementan los fundamentos de aplicación del Derecho Penal.

En el concurso de normas un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existen un aparente concurso de normas; esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de concurso aparente de normas. En el concurso aparente sólo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cuál sea, pues varias tipifican el mismo hecho. Son dos o más leyes en donde, simultáneamente, tratan de encuadrar una misma conducta. En este caso, sin duda, no existe concurso de delitos; la infracción penal es única y una sola lesión jurídica; hay pues concurso de normas, por ser diversas las que pretenden comprender el hecho. No operan distintas antijuridicidades, sino una, pero parece convenir, al mismo tiempo, a varios tipos legales.

Nos ocuparemos ahora de un importante grupo de esas reglas que resuelven las relaciones que interfieren entre las diversas disposiciones penales, coordinándolas según su rango, de modo que la aplicabilidad de unas se condicione a la aplicabilidad o no aplicabilidad de las otras.

El ordenamiento jurídico, formado por diferentes disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cuál de las normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso en concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo es una disposición consiente o excluyente aplicación de la otra, respecto a la misma situación de hecho. A esto se le llama conflicto aparente de disposiciones penales, que no sólo se presenta en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de la parte general, como puede ser a una agravante o atenuante. Se dice que es un conflicto aparente, porque el ordenamiento jurídico ofrece, de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso en concreto. Se distingue del concurso ideal de delitos, con el que a menudo se le ha confundido, porque en éste hay realmente encuadramiento múltiple y en el concurso sólo se trata de decidir la subsunción.

Como se puede ver el concurso aparente de normas no es un fenómeno jurídico exclusivo del Derecho Penal, pues si se observan sus características se caerá en la cuenta de que su planteamiento rebasa ese campo y puede referirse a cualquier rama del Derecho Positivo, es decir, que éste tipo de situaciones puede presentarse en grupo de disposiciones de toda clase, ya que puede haber confrontación de normas que disciplinen circunstancias del delito, causas de justificación del delito, causas de extinción y en cuanto la aplicación de las penas de prisión previstas en los tipos penales que es precisamente el punto que tocaremos en el presente trabajo, en este aspecto debemos destacar que la doctrina se ha inclinado hacia las normas incriminatorias, tanto así que el problema viene considerado en términos de las relaciones entre varias figuras delictuosas para determinar cuál de ellas debe tener concreta aplicación de parte del Juzgador, prevaleciendo una sobre la otra, y por cuales motivos se verifica la afirmación del concurso de delitos.

Lo anterior lleva a considerar que la concurrencia de normas incompatibles se puede producir:

1).- Dentro de las normas penales comprendidas en el Código Penal, o sea entre dos o más artículos de ese ordenamiento.

a).- Entre tipos penales.

b).- Entre una norma de parte general y otra de la parte especial del Código.

c).- Entre normas de la parte general, como sucede en el caso de este trabajo, entre normas del Código Penal y normas del Código de Procedimientos Penales.

2).- Entre normas del Código Penal y normas de otro Código como puede ser el Código de Procedimientos Penales, el fiscal ó bien de otra ley que disciplinando materia diversa contenga normas de naturaleza penal.

Para finalizar este apartado es necesario señalar que no es aceptable el criterio que funde al concurso aparente normas con el concurso formal de delitos, haciendo de aquél una especie de éste, pues una vez que examinamos el tema, establecimos que en el concurso de leyes lo que se trata de saber es cómo se aplica la ley cuando aparentemente es posible un encuadramiento múltiple del hecho: se persigue seleccionar la norma aplicable. En cambio en el concurso formal o ideal de delitos, se trata de una acción que efectivamente viola varios preceptos penales: hay un doble encuadramiento. No existe encuadramiento aparente, sino que el hecho cae bajo dos o más figuras penales que no son incompatibles entre sí. Por eso se establece que el denominado concurso ideal es el verdadero concurso de leyes, pues en la hipótesis así denominada por la generalidad de la doctrina, no hay tal concurso de disposiciones, puesto que el problema ha sido resuelto de antemano al trazar figuras que se excluyen entre sí

### 1.3.- EL CONCURSO APARENTE ENTRE NORMAS DE LA PARTE ESPECIAL.

Comúnmente se limita la trascendencia del conflicto de normas penales, a los casos de concurrencia a la parte especial de los Códigos Penales. En esta clase de conflictos es la que con más frecuencia tienen que resolver los órganos jurisdiccionales.

Tratándose del conflicto entre normas de la parte especial, cobra fundamental interés la teoría del tipo y de la tipicidad, cuya paternidad corresponde a ERNESTO VON BELING pues la estructura de los tipos es fundamental para establecer la prevalencia de una norma sobre otra y, por ello, la aplicación de una con exclusión de las demás. “Creemos que la tipificación de conductas importa una valoración creadora de lo injusto específicamente penal, sin que esto implique identificar tipicidad o ilícito penal con antijuricidad. La tarea de legislar supone siempre reducir los hechos de la vida a fórmulas jurídicas, mediante una estimación valorativa; pero ello no significa suponer la existencia de una sola escala de valores: Los actos típicamente antijurídicos tienen por consecuencia una pena, porque contiene un mayor disvalor que los restantes hechos antijurídicos, que es el disvalor constitutivo de lo ilícito específicamente penal”.<sup>48</sup>

El verbo rector establece de ordinario el contenido del tipo, aunque en ocasiones dicho contenido depende también de las circunstancias adicionadas en la figura, las cuales pueden referirse al tiempo de ejecución de la acción, al lugar, a los sujetos de la relación criminal, al propio objeto y constituyen elementos típicos cuya ausencia origina casos de atipicidad del delito, pero recordemos que por lo general el tipo legal se presenta como una mera descripción de una conducta o hecho humano, pero también el tipo, además de describir la conducta, puede requerir un efecto o resultado material, pudiendo contener referencias a los

---

<sup>48</sup> FONTAN BELTRAN, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Reimpresión, Argentina, 1990, pág. 51.

sujetos, a los medios de comisión, a las modalidades de la propia acción o bien a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, así como al fin de la acción misma, para no señalar sino unas cuantas de las variedades que en su contenido presentan los tipos penales.

El intérprete de la ley penal debe manejar con precaución los tipos penales, determinando su alcance en razón de la conducta o hecho descritos, o de sus elementos complementarios. Como ya se ha señalado, existen tipos que contienen rasgos comunes por pertenecer al mismo esquema; se habla con relación a ellos, de que forman parte de una familia de tipos, ya que gozan de una misma característica y se distinguen en función de otros elementos ya referidos a la acción, a los sujetos, a los medios comisivos. Así por ejemplo, el homicidio y el feminicidio tienen rasgos comunes, porque los dos tipos protegen el bien jurídico de la vida y la conducta del sujeto, expresada en forma positiva o negativa, produce un resultado material la muerte de la víctima. No obstante la figura del feminicidio constituye una figura de penalidad agravada en virtud de que el tipo contiene una especial calidad en los sujetos, pues sólo si se trata de la muerte de una mujer es que la pena se agravara.

En efecto, si bien el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal, limita el concepto de homicidio en la privación de la vida, el artículo 125 del mismo ordenamiento sanciona tal hecho en forma más grave cuando recae como ya se menciono anteriormente sobre un individuo del sexo femenino, variando la punibilidad del hecho si concurre alguna circunstancia agravante o atenuante, considerando al homicidio como calificado en el primer caso, o como homicidio privilegiado según la modalidad atenuante concurrente, comprendiéndose en la fórmula del artículo 125 citado, a las figuras antiguas especiales del parricidio y del infanticidio y que tenían, con anterioridad a las reformas de 1993 (publicadas en 10 de enero de 1994) el carácter de tipos especiales y autónomos, en los que resultaba ser elemento común la privación violenta e ilícita de la vida de la víctima. Actualmente, como ocurrió después de la reforma de 1993, dichas figuras de homicidio en razón del parentesco o en relación entre el sujeto pasivo y activo, se

convirtieron en tipos complementados, circunstanciales o subordinados al tipo básico de homicidio, derivándose de ello consecuencias jurídicas en la aplicación de normas penales. En efecto, tanto el parricidio como el infanticidio constituyen ahora el homicidio con el rasgo común individualizado en la privación de la vida, pero distinguiéndose del homicidio simple en su agravación punitiva en consideración a los sujetos activos y pasivos del delito.

Frente a un conflicto de normas el intérprete deberá tener presente los elementos que constituyen rasgos comunes en las figuras delictivas, tratando de establecer la existencia del tipo, como concepto general y abstracto, para después determinar cuáles son los caracteres que las distinguen; así, es posible llegar a determinar cuándo una figura comprende a la otra, en razón de que sus elementos descriptivos, normativos o subjetivos tengan una mayor amplitud que sea capaz de absorber a la figura menor, excluyendo su aplicación.

Es claro que en los ejemplos citados, el Juzgador encontrará fácil el camino para entender que el parricidio excluye al homicidio, al igual que el infanticidio y que el propio feminicidio, pero los casos prácticos pueden multiplicarse haciendo en ocasiones difícil el diagnóstico del Juzgador. El camino más o menos seguro al planteamiento o solución de la apariencia de concurso entre tipos penales, consiste en precisar las relaciones existentes entre las diversas figuras penales, primeramente en función del verbo rector o de su resultado idéntico, estableciendo además cuáles son sus caracteres comunes referidos a los sujetos y a las demás circunstancias relevantes a cada tipo en particular, pues sólo así podrá establecerse cuándo un tipo en estricto sentido, por ejemplo, puede ser considerado como un simple elemento de otro tipo, lo que podría originar la comprensión de una figura en otra.

Para que la garantía de tipicidad no sea, en el moderno derecho penal liberal, una burla, es absolutamente indispensable que la ley describa el hecho punible de manera inequívoca. Esa descripción precisa de la materia punible no puede ser nunca completamente determinada, pues por su propia naturaleza la ley es general y debe usar un lenguaje más o menos abstracto. Lo que con tal exigencia

se demanda es que lo prohibido mediante aplicación de la pena, es que se describa perfectamente la conducta que ha de ser castigada.

#### **1.4.- EL CONCURSO APARENTE ENTRE NORMAS DE LA PARTE GENERAL Y DE LA PARTE ESPECIAL.**

En nuestra legislación pueden presentarse conflictos entre normas de la parte general y de la parte especial, en los siguientes casos:

1).- Concurrencia de dos normas penales, una de la parte general y otra de la parte especial que consagran una misma excluyente de responsabilidad pero con alcance diverso. Esta situación se puede presentar en las Causas de Justificación que puede aplicarse en el delito de robo, pero más concretamente al Estado de Necesidad “La mayor parte de los tratadistas suelen adoptar la definición de Von Liszt: el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro (bien jurídico ajeno, dice Allfed) jurídicamente protegidos”.<sup>49</sup>

En la comisión de un delito bajo esta causa de justificación, que señalábamos como ejemplo lo que se regulaba en el artículo 379 antes de la reforma del Código Penal, en el cual la licitud del acto se reducía a sólo un apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades del momento por parte del autor o su familia. Esta hipótesis que nuestra doctrina denominaba robo de indigente o de famélico, constituyo un claro Estado de Necesidad y su justificación se encontraba en la situación de peligro que llevaba al sujeto al sacrificio de un bien jurídico ajeno para salvaguardar el personal de mayor entidad valorativa; se daba una colisión entre los bienes del patrimonio y la

---

<sup>49</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Lecciones de Derecho Penal, Editorial Oxxford, Primera Edición, Volumen 3, México, 2000, pág. 200.

vida y en la que el derecho impedía el nacimiento de la ilicitud de la conducta. En el robo de indigente se daba una lesión efectiva a los derechos reales de propiedad, de posesión o uso, a pesar de la cual la conducta se encontraba justificada en la ley. Como causa de justificación el estado necesario a que acabamos de referirnos se ampara en la teoría de la preponderancia de los intereses. Por eso se requiere que el bien que se sacrifica sea inferior al bien que se salva.

Ahora bien, el problema surgía cuando se debía juzgar el caso de quien, inmerso en un auténtico Estado de Necesidad, realizaba un segundo robo de los objetos indispensables para su subsistencia, o bien el primer apoderamiento se ejecutaba empleando medios de engaño o violencia, hechos que rebasaban el marco de la excluyente que por Estado de Necesidad consagraba el artículo 379, surgiendo así el conflicto entre este dispositivo y lo que establecía el entonces artículo 15, fracción V del Código Penal, que recogía como forma genérica, el Estado de Necesidad. Las soluciones propuestas eran diversas: una de ellas establecía la exclusión de la pena al segundo apoderamiento, o al ejecutado a través de los medios indicados, por estimarse que persistiendo el Estado de Necesidad el sujeto se amparaba en la fórmula más amplia de la excluyente recogida en el artículo 15, fracción V, que por esta razón adquiriría el carácter de ley especial y repelía a la norma contenida en el artículo 379 ya citado. Otra solución propugnaba la punibilidad del segundo robo o del ejecutado con engaño o violencia, por considerar que las limitaciones al funcionamiento del Estado de Necesidad, en los términos enunciados por el precepto aludido, constituía una serie de elementos estructurales de la norma que le daba un contenido mayor, siendo en ella evidente el propósito de no extender la justificación a más de un solo apoderamiento, excluyendo igualmente los casos de la ejecución del robo con engaños o con violencia, o cuando los objetos robados excedían de lo estrictamente necesario, lo cual convertía a la norma del artículo 379 en Ley especial en relación al artículo 15 Fracción V del mismo Código y hacía preferente su aplicación a una persona determinada con exclusión de esta última.

En este orden de ideas se debe destacar que la hipótesis del concurso aparente entre agravantes o atenuantes y un tipo penal, no puede darse en la legislación del Distrito Federal, ya que en las normas del libro primero no existen disposiciones que establezcan circunstancias agravantes o atenuantes generales, las cuales únicamente producen el efecto, en nuestra ley penal, de agravar o atenuar nuestra sanción cuando expresamente forman parte de los tipos penales comprendidos en el libro segundo del Código, a los cuales la doctrina ha llamado tipos complementados, ya calificados o privilegiados, según la pena aumente: homicidio con premeditación; o disminuya la pena: homicidio en riña, en relación con la sanción prescrita por el tipo básico que es el homicidio del cual se forman, pues en esos casos la circunstancia específica agravadora o atenuadora constituye un elemento integral del tipo penal, por tener autonomía en relación al básico, adquiere el carácter del tipo especial, ya calificado o privilegiado.

2).- Concurrencia de una norma de la parte especial, que sanciona un delito consumado, con otra norma que pune una tentativa, ambas con relación al mismo hecho. Es de explorado derecho que en ocasiones, cuando el sujeto realiza actos de ejecución de un determinado delito como por ejemplo de Homicidio, que por causas ajenas a la voluntad del agente no llega a consumarse, puede consumir su actividad en un delito diverso como puede ser el de Lesiones. El inter criminis, que no es sino la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entre en él hasta que consigue el fin propuesto. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. La primera sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La segunda, ya se manifiesta, sale a la luz por actos, incluso de preparación.

En esta figura se presentan en sus diversas fases la posibilidad de que la actividad delictiva, sin llegar a la medida propuesta, vulnere normas penales que tiene autonomía con relación al delito propuesto, no obstante, tal autonomía en ocasiones no es sino aparente, pues ante el conflicto originado en la pretensión de

las normas por regular al caso en concreto, una de ellas queda absorbida por la otra en razón de constituir un grado más dentro del proceso ascendente de ejecución requerido por el delito. Si el sujeto se ha propuesto matar y el resultado se frustra por causas ajenas a su voluntad, originándose sólo el resultado de lesiones, el problema consistirá en determinar si en la especie debe sancionarse una tentativa de homicidio o un delito consumado de lesiones.

### **1.5.- EL CONCURSO APARENTE ENTRE NORMAS DE LA PARTE GENERAL.**

La doctrina ha señalado como hipótesis de los conflictos surgidos entre normas de la parte general, las siguientes:

- 1).- Concurrencia de conspiración y proposición.
- 2).- Concurrencia de grados de participación.
- 3).- Concurrencia de atenuantes y agravantes entre sí.

Se afirma la existencia de la primera de la hipótesis mencionadas cuando concurren las resoluciones manifestadas con relación a un determinado delito, en los excepcionales casos en que la ley sanciona esos grados de exteriorización de la idea criminal; en esta hipótesis, podría señalarse que la penalidad debe ser doble, una para la conspiración y otra para la proposición.

La autenticidad de un concurso aparente de normas en este punto ha sido puesta en duda, al igual que en los actos que están en relación de menos a más dentro del mismo proceso ejecutivo, ya que la doctrina ha manifestado que la voluntad criminal es una sola, al igual que el resultado producido, no otro que el peligro corrido, por ello es claro que la pena debe ser única. Al tratar estas formas de exteriorización de la voluntad delictiva con el tipo correspondiente, se señalaba

que la voluntad del legislador al castigarla era doble: impedir que el delito llegue a consumarse y castigar la voluntad que se exteriorizó en forma equivocada cuando se atentó contra determinado bien jurídico. Pues bien, la primera finalidad se logra plenamente castigando sólo la forma más grave de aparición del delito y en cuanto a la segunda, parece claro que el concepto o al menos el desvalor delictivo del delito aparece ya incluido en el desvalor de la proposición y por lo tanto aquélla debe absorber a ésta.

Si bien se mira el problema, la hipótesis señalada, rebasa el ámbito de la parte general en su planteamiento y aún en el caso de admitir la autenticidad de un concurso aparente en la concurrencia de conspiración y proposición, lo que la doctrina niega en forma definitiva, habría que convenir en que ambas formas de exteriorización de la voluntad criminal sólo pueden ser consideradas en relación a un tipo en concreto. La resolución manifestada, como es sabido, forma parte de la fase externa del proceso del delito, aunque en realidad no constituye una actividad material, esto es, no es un acto material. Consiste en el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra. Aunque la simple resolución no constituye infracción jurídica alguna, ya que no vulnera ningún interés jurídico, algunas legislaciones como la nuestra, en forma excepcional, elevan a la categoría de delito ciertas resoluciones manifestadas, por razones de índole muy especial, aun cuando en estricto rigor doctrinario y por su fisonomía propia no constituyan delito, en nuestro caso podríamos señalar como ejemplo el delito de amenazas previsto en el artículo 209 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

ARTICULO 209. Al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, bienes, honor o derechos, o en la persona, honor o bienes o derechos de alguien con quien esté ligado por algún vínculo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa.

Se debe entender como ligados por algún vínculo con la persona:

a).- A los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b).- El cónyuge, la concubina, el concubinario, pareja permanente y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y

c).- Los que estén ligados por las personas por amor, respeto, gratitud, o estrecha amistad.

Este delito se perseguirá por querrela.

Como se ve de la simple lectura del artículo en mención, no se aprecia cuál pueda ser el bien jurídico tutelado que se encuentra inmerso en tal precepto y por lo que consideramos que el mismo es obsoleto.

La proposición, en términos generales, constituye la invitación formal hecha, por quien pretende delinquir, a otra u otras personas con el objeto de obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo un grado de participación en él. Integra desde el punto de vista causal, una condición para la realización del delito, no siendo punible en sí misma. En ocasiones, el simple hecho consiste en la invitación formal a delinquir se eleva a la categoría de delito autónomo, pudiendo citarse entre otros el artículo 123 Fracción XI, del Código Penal Federal en los siguientes términos: “Se impondrá la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa de hasta cincuenta mil pesos, al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes: XI. Invite a individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o invada en territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome...”, en esta caso la proposición adquiere el carácter de delito. Otro caso sería el previsto en el artículo 125 del mismo Código, el cual señala lo siguiente: “Se aplicará la pena de dos a doce años de prisión y multa de veinte mil pesos al que incite al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero, supuesto en que la mera incitación, constitutiva de una inducción adquiere categoría delictiva en relación de la gravedad de la conducta proyectada a lesionar un interés patrimonial, como es la conservación del Estado y sus Instituciones.

Conspirar es acuerdo o concierto entre dos o más personas para ejecutar determinado delito. La conspiración requiere, no sólo de una idea criminal y su exteriorización, sino que exista concierto y decisión de las personas que concurran al mismo para ejecutar un determinado delito. Pues bien, como se desprende de las transcripciones de los preceptos antes señalados, la conspiración es un grado más complejo dentro del proceso del delito que el correspondiente a la simple resolución manifestada; desde este aspecto la conspiración por decirlo así absorbe a proposición, con apoyo en lo cual algunos pretenden encontrar una apariencia de concurso, resuelta mediante la aplicación de una de las normas y la exclusión de otra. No obstante, en nuestro derecho la proposición y la conspiración están referidos a los delitos contra la seguridad exterior e interior de la Nación, integrando delitos independientes pero en función de los delitos expresamente recogidos en la ley; desde el punto de vista de nuestro Derecho Positivo, no hay concurso aparente entre proposición y conspiración en el ámbito de la parte general del Código Penal. Sin embargo, ¿sería posible concebir un concurso aparente de normas en el caso de quien propone, participar igualmente en el concierto para la ejecución de un cierto y determinado delito, siempre que el mismo tenga realidad? ¿en tal caso el grado más complejo de participación absorbe a los demás?. Tal forma de plantear el problema señala la Doctrina no es plenamente satisfactoria, pues se estaría en presencia de actos de progresión criminosa dentro de un mismo proceso, en el que se duda sobre la existencia de un auténtico conflicto de normas. Es importante destacar que es necesario tener presente que el problema del conflicto de normas, sólo puede surgir cuando un mismo hecho entra aparentemente en dos o más disposiciones, no nace por tanto, cuando las disposiciones contempladas tienen hechos diferentes. Ahora bien, la consumación por tanto excluye considerar cualquier estado anterior dentro del proceso ejecutivo del mismo delito; si tal fuere el caso se excluye la posibilidad de una concurrencia de normas incompatibles; no se trata de un mismo hecho que caiga dentro de la previsión normativa de dos leyes, sino de dos momentos del proceso ejecutivo de un mismo delito, por lo que no se está en la hipótesis de una auténtica concurrencia de normas incompatibles.

De las dos hipótesis que se señalaron con las letras b) y c), la última que se hace consistir en la concurrencia de atenuantes y agravantes entre sí, la Doctrina aseguran que tal hipótesis no funciona en nuestro Derecho, en el cual no existe cuadro general de agravantes ni atenuantes, pues todas las circunstancias que hacen operar una calificación o atenuación de la penalidad conforman tipos complementados, ya cualificados o privilegiados, o bien tipos especiales de penalidad agravada o atenuada, entre los cuales no puede existir un concurso aparente, por referirse cada uno de ellos, a supuestos diferentes típicamente hablando, aun cuando existan rasgos comunes entre unos y otros.

En cambio, el concurso de grados de participación, es factible en nuestro derecho, ya que puede concurrir en una misma persona y respecto al mismo hecho dos cualidades, la de autor y la de cómplice, como en el caso de quien induciendo o instigando a otro a participar, ejecuta materialmente la acción típica, en cuya virtud adquiere el carácter de autor material, pues en tal situación habrá sido instigador para el auxilio prestado por el tercero, en la ejecución de su propio delito. “La jurisprudencia creyó poder hacer dos excepciones: a) en el caso de una pluralidad de exteriorizaciones de pensamiento en uno y en el mismo escrito; y b) en el caso de una instigación o complicidad unitaria en una pluralidad de acciones. Ya hemos negado en el Lehrbuch toda validez a estas excepciones y ratificando el principio fundamental. El Tribunal del Reich, utilizó en apoyo de la segunda excepción (instigación, complicidad) el principio de la accesoriedad en su forma extrema (el instigador debe ser responsable de una pluralidad de instigaciones en caso de que, con arreglo a su voluntad, deban ser cometidos varios hechos principales, especialmente por intermedio de distintos autores). Afortunadamente, otras sentencias del mismo Tribunal no han admitido este punto de vista; de acuerdo con esta nueva resolución, los instigadores y los cómplices deben ser juzgados independientemente, como el propio autor”.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> MEZGER, Edmundo. Derecho Penal, Tomo I, Editorial Valleta Ediciones, Primera Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 231.

En este punto hay que destacar que al igual que la tentativa desaparece en la consumación, lo mismo puede decirse cuando alguien participa en su propio acto, esto es, cuando se hace culpable, en referencia a este último, es decir, de un instigador o de un auxiliador, se puede decir que la persona que instiga a un tercero para que le ayude en su propio acto es solo castigado como autor si ejecuta él mismo el hecho como autor; las formas de participación en el delito desaparecen en la autoría, son consumidas por ella.

### **1.6.- EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y EL CONCURSO IDEAL.**

El concurso de delitos nació en virtud de la necesidad de separar los casos en que sólo se produce una apariencia de concurrencia de disposiciones penales con relación a una misma conducta o hecho, de aquellos otros casos en que efectivamente la conducta o hechos están regidos por varias disposiciones que no se excluyen entre sí. En realidad para poder determinar en caso dado si existe o no un concurso de delitos, hay que averiguar primero si alguna de las disposiciones concurrentes no excluyen a las demás, es decir, si no se trata de un concurso aparente de leyes. Resulta que el concurso de leyes es una cuestión previa al esclarecimiento de los casos de concurso de delitos, puesto que para poder afirmar que existe verdadero concurso, es indispensable haber establecido antes que el hecho encuadra efectivamente en más de una figura legal, lo que supone ya haber examinado las relaciones que median entre las varias figuras concurrentes y decidido que al aplicarse simultáneamente no se excluyen entre sí.

La aplicación de las reglas especiales para la punición del concurso criminoso depende de que en realidad un sujeto deba responder plenamente, en un mismo proceso, por varios delitos cuya concreta punibilidad esté vigente. Para que haya concurso criminoso y por tanto acumulación de penas, es necesario que varios

tipos penales se ofrezcan como simultáneamente aplicables, ya sea porque los hechos juzgados se cometieron independientemente, o ya sea porque guardan ciertas relaciones entre sí, no resulten incompatibles o excluyentes. Cuando los varios tipos penales son simultáneamente aplicables, se habla de concurso efectivo o verdadero.

Cuando los varios tipos, en cambio, se encuentran en relación de tal naturaleza que sólo puede aplicarse uno de ellos, aunque el hecho parece encajar también en otro u otros de modo al menos parcial, se habla de concurso aparente. Una neta separación de ambos depende conceptualmente de la distinción entre concurso real e ideal.

Para la diferenciación del concurso real e ideal existen varios criterios, entre los que sobresalen el de unidad de acción y el de unidad del hecho. Si se adopta el de unidad de acción, la existencia del concurso depende de que se dé en efecto una pluralidad de acciones, cada una de las cuales realiza un tipo; el concurso ideal apuntara, en cambio, a una acción unitaria que recibe varios encuadramientos típicos no incompatibles, acción cuyo injusto sólo se agota por la simultánea aplicación de todos ellos. “En la unidad de acción hay que imputar al autor conjuntamente todos los delitos realizados; en esta medida las leyes concurren en realidad. El concurso de las consecuencias jurídicas de estas leyes penales a imputar lo soluciona el Derecho Positivo mediante la absorción del marco penal. La absorción da nombre a este concurso: Las diversas conminaciones penales están reunidas idealmente en una sola”.<sup>51</sup>

Podemos tomar como punto de arranque la acción unitaria, esto es, la simple unidad de la acción originaria o la reunión en la unidad de acción de la continuación. A esta acción unitaria se le puede aplicar, a la vez, varios criterios jurídico-penales: se trata del ya mencionado concurso ideal o concurrencia en una unidad de acción. Pueden aplicarse varias leyes penales o una sola ley penal y tendremos, respectivamente, un concurso ideal heterogéneo u homogéneo. Así en

---

<sup>51</sup> Günter, Jakobs. Derecho Penal, Parte General, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Segunda Edición, Madrid, 1997, pág. 1100.

un primer momento abordaremos el tema concerniente al concurso ideal, y en cuanto al concurso real llevaremos su estudio en el siguiente capítulo, empezando por señalar que en el concurso ideal todas las normas que concurren a regular las consecuencias de la conducta se aplican, debe quedar claro que puede hablarse de un concurso aparente de normas cuando en un hecho único concurren varias normas, mientras que para la valoración penal de ese hecho se aplica una sola. Si el hecho es único también lo será el dolo o la relación subjetiva del agente respecto de aquél, mientras en el concurso ideal de delitos el agente debe querer, dentro de los respectivos límites del dolo, todos los hechos concurrentes.

En el concurso ideal hay unidad de conducta y varias lesiones jurídicas, sean estas típicamente jurídicas idénticas o distintas, a virtud de la infracción a una pluralidad de normas compatibles entre sí. En tal concurso se habla de unidad de delito en virtud de que la conducta o hecho cae bajo una pluralidad de sanciones, teniendo por ello, por así decirlo un encuadramiento múltiple. En realidad y como hace tiempo se ha manifestado, si bien en el concurso ideal el delincuente infringe varias normas penales existe un solo acto de culpabilidad, precisamente por existir una sola determinación o resolución delictuosa.

El concurso se llama ideal, formal o aparente, porque cayendo la acción o el hecho en más de una figura delictiva aplicable en forma autónoma, jurídicamente puede ser calificado de otras tantas maneras, pero materialmente, en razón de la unidad del momento de la culpabilidad, debe mirarse y castigarse como un solo delito, lo que excluye la pluralidad delictiva desde el punto de vista real o material. A diferencia de lo que ocurre en el concurso de leyes, en el cual una de las figuras comprende y define todo el aspecto del hecho comprendido y definido por la otra, en el concurso ideal cada una de las figuras comprende y define un aspecto criminal distinta del hecho.

“El concurso ideal es para Cuello Calón una unidad de acción y una unidad de fin; en el agente debe darse varios fines criminosos, esto es, para que opere en el ejemplo que anotamos del homicidio, las lesiones y el daño en propiedad ajena, el agente debió haber tenido la finalidad de causar esos tres daños. Aquí incluye el

caso que, sin lugar a dudas, es factible: el de que se cometa un delito para la ejecución del otro, tal caso sería el de que para matar a Juan, colocó una bomba en su coche; para que pueda morir Juan, es indispensable que sufra daños el automóvil, de tal suerte que para cometer el delito de homicidio, previamente se comete el delito de daño en propiedad ajena”.<sup>52</sup>

En este mismo orden de ideas se puede afirmar que el llamado concurso aparente de leyes, el punto de partida coincide con el concurso ideal, pues en la misma acción unitaria concurren varias leyes penales (tipos penales) diferenciándose ambos, sin embargo, en el primero una de las leyes desplaza y excluye de antemano a la otra. Por ello se habla también en ocasiones de concurso ideal aparente, parece en primer término, que a la acción han de aplicarse al mismo tiempo varias leyes penales, mientras que, en verdad uno de los puntos de vista jurídicos es consumido totalmente por el otro y en consecuencia, sólo se aplica en realidad a la situación fáctica una de las leyes penales.

En síntesis, la diferencia fundamental estriba en que el concurso ideal varias leyes penales son adecuadas a la situación de hecho por no excluirse entre sí, resultando las valoraciones sobre la acción unitaria compatibles las unas con las otras, de lo cual se deduce en razón de un delito si se toma en cuenta la unidad de la conducta (acción) la cuál reúne en sí una pluralidad de valoraciones jurídico-penales. Siguiendo este orden de ideas, la unidad de delito y la pluralidad de los puntos de vista jurídicos, no entrañan contradicción, de la misma manera que no supone contradicción el reconocimiento de una pluralidad de propiedades en una misma persona. En cambio como se señaló anteriormente, en el concurso aparente de normas o concurso de leyes existe una sola conducta o hecho y una sola valoración jurídica aplicable, que excluye las otras contenidas en las normas en concurrencia más no en concurso. No es, en el fondo, un verdadero concurso de leyes, puesto que las leyes que aparentemente concurren, no aparecen reunidas en una relación de concurso, sino que quedan excluidas de antemano las que armonizan con ellas. Se trata, en realidad, de un concurso ideal aparente;

---

<sup>52</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit., pág. 215.

varias leyes se ajustan aparentemente al caso en concreto, pero se excluyen entre sí por motivos jurídicos. Entre las distintas leyes, es una sola la que, en sustancia, se aplica. En el concurso de leyes, se podrían aplicar al hecho punible, de acuerdo con el texto de la ley, varias leyes penales; pero, considerando la relación existente entre las distintas disposiciones, se desprende que es aplicable solamente una de ellas.

### **1.7.- EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y EL CONCURSO REAL O MATERIAL.**

Se da el concurso real de delitos cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste sino ha caído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita.

Aquí existe, contrariamente a lo que ocurre en el concurso ideal, una pluralidad de acciones. Trátese del caso ya mencionado, del concurso real o concurrencia de pluralidad de hechos. En consecuencia nos encontramos aquí frente a varios hechos punibles independientes. Tal independencia no resulta afectada por una relación de finalidades y medios de los distintos hechos. El concurso real constituye el auténtico ámbito en que se mueven los distintos principios, como lo son el principio de acumulación, están sujetas a dicho principio, entre los hechos punibles, todas las controversias y entre las penas, las privativas de libertad, así como las penas pecuniarias. En los casos que tienen importancia práctica especial, crímenes y delitos como hechos punibles y en varias penas temporales como las privativas de libertad el principio de asperación, en donde se impondrá una pena total, consistente en un aumento de la pena más grave, la llamada pena

sustituida; junto a la pena total, pueden ser impuestas penas accesorias y consecuencias accesorias y ordenadas medidas de seguridad y corrección.

“Según Pavón Vasconcelos, el tema del concurso real está íntimamente ligado con el de acumulación, por ello debe darse, para que exista concurso real, los siguientes requisitos:

- a).- Que exista identidad en el sujeto activo;
- b).- Que haya pluralidad de conductas;
- c) Que se dé igualmente una pluralidad de delitos;
- d) Que no existe sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso, y
- e) Que la acción penal no se encuentre prescrita”.<sup>53</sup>

Es necesario destacar que la acumulación se presenta cuando se han cometido varios delitos y no han sido resueltos mediante una sentencia, por lo que es el caso que si alguno de ellos hubiese sido sancionado se podrán presentar otras figuras como son la reincidencia y la habitualidad. En si la acumulación, es la figura por la cual se va a sancionar al concurso real de delitos. La doctrina señala que son tres los sistemas para castigar al concurso real o material:

- a)...La acumulación material de las penas;
- b)...La absorción de las penas, y
- c)...Acumulación jurídica.

La acumulación material de las penas consiste en la aplicación de todas las penas que correspondan a cada uno de los delitos cometidos.

Por el sistema de absorción, el mecanismo es bastante sencillo, ya que el delito más grave y de mayor penalidad absorbe a los otros. Este sistema es criticado por

---

<sup>53</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit., pág. 218.

benévolo y expresan que sería injusto el dejar el hecho sin sancionar algunos ilícitos.

El sistema de acumulación jurídica es en la práctica un sistema intermedio entre la acumulación y la absorción; en el mismo se toma como base para la imposición de la sanción, el delito mayor, al que se le va incrementando en forma proporcional las sanciones de los demás delitos cometidos; esto es, la sanción deberá ser adecuada tomando en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho, siendo este el más adecuado para nuestro sistema.

Conveniente resulta destacar que en el concurso real debe darse una auténtica pluralidad de conductas, independientes entre sí, sin conexión jurídica necesaria, aun cuando tal conexión pudiera darse eventualmente como se precisa en los casos destacados a continuación. En ocasiones, a pesar de la relación directa existente entre las conductas o hechos, la cual establece una conexión entre los delitos, puesto que uno de ellos no es sino el medio comisivo imprescindible para la realización del otro, la ley impide el fenómeno de la absorción y hace imperativa la punición de ambos, estableciendo su concurrencia y compatibilidad. En tal situación y disposición expresa de la ley existe un concurso real de delitos, como sucede en nuestro derecho con el delito de falsificación de documentos y el que resulte del cometido mediante su uso, según lo determinaba el artículo 251 del Código Penal Federal, el cual señala: "Si el falsario hiciere uso de ...que por medio de ella hubiera cometido el delincuente.". Claramente resultan aplicables las reglas de acumulación para la falsificación y el fraude cometido a través del uso del documento falso, (artículos 243 y 386). Es conveniente advertir, que fuera del caso antes señalado, la existencia de una conexión necesaria entre las conductas o hechos, cuando uno de los delitos es medio comisión de otro, excluye el concurso real por no ser las conductas autónomas sino estar en tal manera vinculadas que la relación entre ambas da base para establecer su unidad jurídica, en cuyo caso surge un concurso aparente de normas en el que la norma que sanciona el delito fin absorbería a la que pune el delito medio, un ejemplo de esto sería el disparo del arma de fuego, que tipifico como delito el artículo 306 del

Código Penal para el Distrito Federal, precepto actualmente derogado, se vinculaba necesariamente con el homicidio originado en la acción de disparar un arma de fuego, con independencia de que el tipo delictivo del disparo tenía autonomía en nuestra legislación punitiva, integrando un delito de peligro. En los casos en que el sujeto se proponía causar la muerte de la víctima y llegaba a la producción de ese evento, mediante el disparo del arma de fuego, esta conducta no constituía sino el medio empleado para la comisión del fin delictivo propuesto, en el ejemplo antes señalado, con evidencia era inexistente un concurso de delitos, porque el hecho de la privación violenta e injusta de la vida no era el caso susceptible de dos valoraciones distintas sino de una sola, en atención al tipo del artículo 123 del Código Penal que recoge la figura del homicidio, por lo que se daba un concurso de normas, en que la pena aplicable era la del delito más grave a virtud de operar el fenómeno del consunción.

En cambio, en la conexión que no implica una relación necesaria entre las figuras, ya que cuando se ejecuta un delito para facilitar la consumación de otro, la realización del primero no es necesaria para la existencia del segundo, hace nacer una concurrencia concursal y por tanto, es aplicable la regla de la acumulación procesal ya que se trata de dos delitos distintos.

Resumiendo, repetimos que en el delito hay una parte real, que es el acto, y una parte ideal que es la valoración; hay concurso real cuando hay pluralidad de delitos, incluyendo su parte material; y hay concurso ideal cuando falta esa pluralidad de actos, y sólo hay varias lesiones jurídicas, aún cuando éstas estén representadas por el mismo resultado material que afecta los intereses protegidos. Si no hay pluralidad de actos ni pluralidad de lesiones sino sólo pluralidad de leyes cuyos términos parecen crear tipos diversos pero que no pueden coexistir o que se refieren total o parcialmente al mismo contenido, no habrá concurso de delitos sino simplemente concurso de leyes.

## CAPITULO IV.

### 1.- LOS DIVERSOS PRINCIPIOS.

El concurso es aparente porque tiene solución, el ordenamiento jurídico ofrece, de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso en concreto. Este conflicto sería verdadero si el ordenamiento jurídico no brindase reglas para resolverlo, lo que afortunadamente no es así.

Ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, formado por distintas disposiciones es único y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente, a menudo es sencillo decidir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso en concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas cuando una disposición consiente o excluye la aplicación de la otra, respecto a la misma situación de hecho. A esto se le llama conflicto aparente de normas, que no sólo se presenta en orden a los tipos delictivos, sino también en cuanto a los preceptos de la parte general, como puede ser una circunstancia agravante o atenuante.

No hay un acuerdo unánime con relación a los principios que deben resolver el problema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, pudiéndose señalar dos corrientes:

- a)...La que sostiene una pluralidad de criterios, dos o más, y
- b)...La que defiende un solo criterio.

Por otra parte, debemos observar, que aún en el caso de admitir varios principios, o bien, uno solo, no todos concuerdan en los mismos.

En este sentido para resolver el conflicto entre dos o más normas incompatibles, determinado cuál de ellas es aplicable con exclusión de las demás, la doctrina penal ha elaborado varios principios a saber, como son: a) el de la especialidad; b) el de la consunción o absorción; c) el de la alternatividad, y d) el de la subsidiaridad, sin que la existencia de los mismos signifique que su aceptación sea unánime.

a)...Principio de especialidad: Cuando la norma especial contiene la materia de la norma general, más una nota o elemento específico.

b)...Principio de consunción o absorción:

\*Cuando el bien tutelado por la norma de mayor alcance o amplitud, comprende el tutelado por la otra norma de menor alcance.

\*Cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud, es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud.

\*Cuando los medios exigidos en el tipo son de mayor amplitud, que los exigidos en la norma consumida.

\*Cuando los medios exigidos en el tipo, corresponden a una figura delictiva descrita autónomamente.

\*En las Hipótesis del: 1) Hecho anterior (progresión criminosa). 2) Hecho posterior.

c)...Principio de subsidiariedad: Cuando al ocurrir dos normas o más respecto de una materia, tiene aplicación la norma principal o primaria en vez de la subsidiaria, secundaria, eventual o supletoria.

d)...Principio de alternatividad: Es entendido como el nexo lógico existente entre varios tipos, en virtud del cual el hecho subsumible en uno de ellos nunca puede serlo en los restantes.

“Los criterios para resolver el aparente concurso de éstas, desde ese punto de vista. Alternatividad así denominado por Binding y que Grispiigni estudia bajo el extenso epígrafe aparente concurso de disposiciones penales, respecto a un hecho único, especialidad que Binding no distingue de la subsidiariedad, considerando esos casos como subespecies de ésta, subsidiaridad y consunción. En Italia, Vannini considera la absorción como un caso de concurso distintos de los otros; pero Grispiigni le objeta, con motivo, que la absorción de una manera en otra es un carácter común a todos los casos del concurso aparente de normas”.<sup>54</sup>

El concurso aparente de normas entre sí, entraña tres aspectos: 1. La existencia de por lo menos dos disposiciones legales. 2. Que esas disposiciones sean aplicables al mismo hecho o materia. 3. Que el aplicador de la ley deba escoger alguna de las disposiciones legales antes referidas para aplicarlas, y sacrificar las demás, aunque también sean aplicables. Para dilucidar en qué momento dicho sujeto aplicador ha de encargarse de determinar si en el caso sometido a su potestad opera o no tal concurrencia normativa, hay que considerar la naturaleza jurídica del ámbito en el que debe hacerse el pronunciamiento respectivo. El procedimiento penal se compone por una pluralidad de etapas sucesivas cuya finalidad última es el encuentro de la verdad histórica, mediante la determinación del acreditamiento del cuerpo del delito y la correlativa responsabilidad del acusado. En el proceso se distingue dos resoluciones de suma importancia que reflejan el principio de congruencia consagrado como garantía constitucional en el artículo 19. El auto de formal prisión y la sentencia. La primera tiene como razón de ser, el establecer el delito por el cual se ha de seguir la causa, mientras que la segunda posee como razón el determinar en definitiva la existencia de un delito, la responsabilidad de su autor, y en su caso la aplicación de la pena. La primera constituye una verdad relativa, pues desde el punto de vista probatorio sólo se alimenta de lo que al respecto haya arrojado la averiguación previa y, en su caso, de las probanzas desahogadas dentro del término constitucional, amén que para su dictado basta con que se acredite el cuerpo del delito y se cuente con indicios en ocasión de la participación probable del consignado; en tanto que la segunda

---

<sup>54</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit., pág. 91.

entraña una verdad histórica definitiva que se apoya en todas y cada una de las pruebas desahogadas a lo largo de la secuela procesal, al tiempo en que el análisis que de ellas ha de hacer el juzgador estará encaminado a determinar la plenitud probatorio del cuerpo del delito y la responsabilidad penal.

Ahora bien, cuando en el ámbito en el que se impone precisar la operatividad del concurso aparente de normas estriba en un procedimiento penal, y dicha concurrencia incide en el acreditamiento de la existencia del delito, el juzgador válidamente no puede, por lógica jurídica pronunciarse sobre el particular apoyándose en una verdad relativa, como la ofrecida en el auto de formal prisión, donde se maneja la expresión cuerpo del delito y la diversa de probable responsabilidad, sobre todo si se considera que mediante él se precisa la materia del proceso y se marca el punto de arranque para el encuentro de la verdad histórica; y aceptablemente sí puede, dicho juzgador, encargarse de establecer la operatividad en comento en base a esta última verdad, fincada ya en plenitud probatoria de la sentencia definitiva, en la que el empleo de las dos expresiones en cita se sustituyan con las diversas de cuerpo de delito y responsabilidad penal, para dar un firme soporte a la resolución, que en su caso, habrá de producir un acto de privación en perjuicio del acusado. En suma, el momento procesal oportuno para que el juzgador se pronuncie, dentro de un procedimiento penal en torno al concurso aparente de tipos, es precisamente al dictar sentencia, porque ofrece la verdad histórica definitiva de los hechos sometidos a su potestad. “La temática del concurso de hechos punibles está ligada estrechamente, sin embargo, al derecho procesal; objeto procesal, cosa juzgada, conexión o conexidad; pero con el derecho penal material está vinculada con un doble aspecto: primero, porque tiene normas sobre punibilidad que modifican el sistema ordinario, y, segundo, porque se trata de saber precisamente si el sujeto cometió uno o varios hechos punibles, lo que no siempre resulta fácil determinar”.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> REYES ECHENDIA, Alfonso. Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, Segunda Edición, Colombia-Bogotá, 1989, pág. 18.

Y es que si, como se ha dicho, el segundo aspecto indispensable para la configuración del concurso incompatible de leyes consiste en que las disposiciones concurrentes sean aplicables al mismo hecho o materia, debe convenirse en que cuando ese conflicto normativo se genera en un procedimiento judicial de índole penal, cuya sustentación tiene como base fundamental la prueba de los hechos delictivos, es requisito sine qua non, para determinar la aplicabilidad de las disposiciones convergentes, que los hechos concretos objeto de regulación de éstas, se encuentren plenamente probados y no simplemente presumidos. Lo anterior se corrobora al tomar en cuenta que la prohibición para calificar un delito, obedece esencialmente en evitar que en una misma conducta delictiva, al considerarse bajo dos o más perspectivas normativas, sea sancionada pluralmente conforma al número de disposiciones legales que concurren. De manera que si es hasta la sentencia en que el juzgador ha de definir lo relativo a la imposición de la pena, es en tal resolución donde debe abordar el estudio del concurso aparente de normas.

### **1.1.- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.**

En el derecho romano, ya reconocía este principio, en el cual se sostenía la aplicación de la ley especial sobre la ley general. Por tanto, cuando a la solución de un hecho determinado concurren dos normas, una general y otra especial, está excluye en su aplicación a la primera, tal principio se encuentra previsto en el artículo 13 Fracción I del Código Penal para el Distrito Federal.

Una vez que se ha establecido este punto de partida, la consideración siguiente será precisar cuál de las normas concurrentes tiene carácter especial y porque excluye a la general. La respuesta más simple denomina normas especiales a las que regulan de manera particular una materia cualquiera, resultando sugestiva la

orientación que nos brinda el concepto, pues si de manera particular la norma regula una determinada situación, es porque otra norma hace lo mismo en forma general, lo que permite considerar, que la materia o el hecho, está siendo abarcado por ambas normas.

Si en las normas concurrentes una de ellas tiene una regulación del mismo hecho que puede tenerla también otra norma, pero en forma más particularizada, se da entre ambas una relación de especialidad, teniendo una carácter de norma general y la otra de norma especial, de manera que la más particularizada se aplica con preferencia a la general. El principio de especialidad, no es sino un principio de lógica jurídica y tendría aplicación aunque la ley omitiera toda referencia a él, por ser claro que al establecer un precepto especial la ley ha querido que cuando determinada situación se produzca y que ella se sustraiga al tratamiento en general, y si negamos la aplicación en tal caso al precepto especial, resulta que éste quedará sin poder aplicarse jamás. “El principio de la especialidad expone: debe de preferirse y por tanto aplicarse la ley especial sobre la general (*lex specialis derogat legem generalem*). Cuando un legislador ha creado un tipo especial, es por considerar que ciertas conductas ilícitas deben ser motivo de interés preferente por encima de la generalidad, y por ello es indudable que debe darse preferencia de aplicación a la ley especial”.<sup>56</sup>

Ahora bien, reduciendo el ámbito del problema a los tipos penales se puede señalar que todas las características típicas del tipo en general, se hallan también contenidas en el tipo especial, pero que éste contiene además una u otras características, esto es las características especializadoras que fundamentan la especialidad y con ello la precedencia de la ley especial frente a la ley general. En la técnica legislativa el derecho penal, tipo especial es el que modifica la pena del tipo básico, agregando o restando a este alguno de sus elementos, sea que lo conserve o no como atentando al mismo bien jurídico. En general, dentro de los varios atentados contra un mismo bien jurídico, los hechos no concurren entre sí, sino que el más grave absorbe a los otros.

---

<sup>56</sup> CRUZ Y CRUZ, Elba. Op. Cit., pág. 87.

En este orden de ideas, se pueden señalar como ejemplos al parricidio y al infanticidio genérico, que ahora son formas de homicidio calificado, en razón del parentesco (artículo 125 del Código Penal) cuyos tipos especiales con relación al homicidio artículo 123, que es un tipo básico y norma general, de forma que aquéllos subordinados a ésta en razón de su formación, tiene aplicación preferente por ser leyes especiales (no confundirlos con delitos especiales que son cosa diversa). En si para que exista un caso de especialidad es necesario que uno de los tipos éste íntegramente contenido en el otro, pero ello puede suceder en forma más o menos expresa. Así, es indudable que el parricidio es una forma específica del homicidio, pues en ese caso, la ley usa las mismas palabras de la figura simple, y a ella le agrega algunas características nuevas.

Se puede observar que en los ejemplos antes señalados que son de homicidios calificados en relación del parentesco, éstos contienen los mismos elementos del tipo de homicidio, pero al mismo tiempo se forman con otras características que les dan naturaleza de especial en relación de la norma general que describe el homicidio, independientemente que su carácter especializador agrave o atenúe la penalidad del tipo general.

Este principio encuentra aplicación de igual manera en los tipos especializados de homicidio con ventaja, traición, alevosía, por el medio empleado a que se refieren los artículos 123 y 138 del Código Penal para el Distrito Federal, en que las circunstancias adicionadas originan tipos complementados, subordinados y cualificados, como en los tipos de homicidio en riña o bajo en estado de emoción violenta, previstos en los artículos 123, 136 y 137 del mismo ordenamiento que son igualmente tipos complementados y subordinados al básico de homicidio, pero privilegiados en cuanto a su punibilidad. En los ejemplos anteriores se aplica el criterio general apuntado, pero además podemos señalar otros como son los previstos en los artículos 223, 224 y 225 de la Ley Sustantiva de la Materia y que constituyen leyes especiales con relación a la norma general que tipifica el robo simple o tipo básico.

Consecuentemente, el principio de especialidad requiere:

- a)...Que la materia regulada sea la misma, y
- b)...Que la norma especial contenga además todos los elementos de la norma general, otro particular.

La especialidad supone, en consecuencia, una relación lógica, entre las normas, la cual fundamenta la prevalencia de una sobre otra. Tratándose de los tipos penales es válido sostener que la especialidad requiere que un tipo éste íntegramente contenido en el otro, aún cuando no se precisa que los elementos descriptivos sean idénticos, ya que también es específica una disposición cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que en una figura es más importante una descripción más minuciosa del hecho.

Un punto importante a destacar es que la determinación del tipo específico mediante el encuadramiento del hecho en él, impide tener como subsidiario al tipo genérico, ya que el sujeto puede admitir la pena o no establecida en el tipo específico. Las causas excluyentes de pena validas para el delito en específico no dejan subsistentes la pena por el delito específico. El tipo genérico es subsidiario cuando fracasa la subordinación al específico, pero no cuando la pena de éste no es aplicable a consecuencia de alguna causa que la excluya sea cual fuere la naturaleza de ella. Ello muestra claramente que debe distinguirse la relación específica de la relación subsidiaria. En la relación genero-especie son subsidiarios los tipos, pero no lo son las respectivas penas. Un hecho que no constituya el tipo específico puede constituir el genérico; pero un hecho específico no punible con la pena del correspondiente tipo, no lo es tampoco con la pena del tipo superior. Este último aspecto, es de suma importancia, si la ley especial deroga a la general, es a virtud al encontrarse al Juzgador frente a dos normas disciplinantes de una misma situación fáctica, está obligado a aplicar la norma que mejor comprenda el supuesto considerado, a virtud del conjunto de elementos especializantes. Esta aplicación forzosa de la ley especial, se da bajo todas las circunstancias, así si el delito específico resultare más grave en su pena

que el genérico, al igual que si aquél fuera menos grave, ya que en la especialidad se resuelve un problema cualitativo, a diferencia de la subsidiariedad que se resuelve siempre en un problema cuantitativo, lo cual lleva a concluir que ante la presencia de dos normas que se encuentran en relación general y especial entre sí, la primera no puede tener carácter subsidiario respecto a la segunda. Esta exclusión es consecuencia, precisamente de la exclusión de la norma general, por la preferente aplicación de la especial.

Una cuestión fundamental, para encontrar el camino que conduzca con seguridad al Juzgador en la determinación de la norma especial, es el examen cuidadoso y exhaustivo de las normas en conflicto, a fin de establecer tanto los elementos comunes como destacar los elementos de especialización existentes entre ellas, por ser estos últimos los que habrán en definitiva, de establecer la precedencia de la norma especializadora sobre la general. No debe perderse de vista que el punto de partida a considerar por el intérprete es que la ley establece una dualidad reguladora respecto del mismo supuesto fáctico, de manera que precisada esta cuestión al Juzgador corresponde encontrar de entre esas normas, cuál deberá considerarse especializadora en razón de los elementos que la conforman. No habrá problema como es natural, cuando de una manera clara y patente una de las normas esté íntegramente contenida en la otra y además contenga algún elemento especializador. En los demás casos, señala la doctrina que debe considerarse como ley especial aquella que verifica una descripción más concreta de los hechos. La interpretación pues, juega un papel trascendental y gracias a ella y teniendo a la vista los requisitos que se han puesto de manifiesto, se resolverán las dudas existentes en particular.

En general la doctrina y precisamente la Italiana, señalan que reconocen el carácter lógico al principio de especialidad, precisando que las leyes en relación de género a especie deberán estar destinadas a la tutela de un mismo bien jurídico, es decir, existe entre ellas identidad en su objetividad jurídica a la misma materia. No está por demás decir que en la búsqueda de la norma especial, el Juzgador debe acudir a los medios de interpretación ya conocidos, apoyándose si

se trata de una interpretación lógica o teleológica en los elementos histórico, sistemático o de derecho comparado.

## **1.2.- PRINCIPIO DE CONSUNCION O ABSORCION.**

Empezaremos diciendo que este principio se encuentra previsto en el artículo 13 Fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, el cual ha sido confundido con el de la especialidad, llegándose a observar que el fenómeno de la absorción opera en razón de que los elementos constitutivos de las normas en conflicto permiten a una de ellas prevalecer sobre la otra, en virtud de su mayor amplitud, este tipo de principio, revela que su sentido se apoya en la circunstancia de que las normas en colisión comprenden el mismo hecho, pero una de ellas adquiere preferencia en su aplicación en cuanto a su mayor alcance abarca y consume a la otra. De ahí que sea común el criterio de que el principio de consunción funciona cuando el hecho previsto por una ley está comprendido en el tipo descrito por otra que es de más amplio alcance.

Así expuesto el principio parece confundirse en el de especialidad, ya que como se dejó asentado líneas atrás, se afirma la aplicación de la norma cuyos elementos integrantes la hacen de un mayor alcance y amplitud que la excluida, por eso es necesario precisar que en la consunción el mayor alcance de la norma aplicable no radica en su amplitud descriptiva, en función de los elementos especializantes que en ella concurren, sino en su entidad valorativa que absorbe a la norma en conflicto, excluyendo su misión sancionadora. En este principio se establece que la precedencia de una de las leyes ante la otra resulta, en el caso de la consunción, de una relación valorativa de ambas, pues el fundamento que justifica la exclusión no radica en la relación lógica entre ellas, sino en su propio sentido con arreglo a una interpretación valorativa. Esta forma interpretativa debe

tener en consideración todas las circunstancias del caso, también las más concretas, pues como no se trata de una relación lógica, no puede establecerse la procedencia de una de las normas en virtud de la simple comparación entre los tipos abstractos, sino de la configuración concreta del caso de que se trate. En el principio que estamos examinando, resulta innecesario que la conducta o el hecho consumidos estén comprendidos en la descripción del tipo consumidor, ya que basta que de éste último se desprenda la voluntad del legislador de castigar el acto mismo realizado y todos aquellos otros que ordinariamente lo acompañan y cuyo carácter delictivo autónomo debemos suponer, en consecuencia, ya previsto por el legislador e incluido en la penalidad que se atribuye al tipo consumidor. El criterio valorativo antes apuntado, en el cual descansa el concepto mismo de la consunción, hace necesario por parte del Juzgador una actividad tendiente a valorizar tanto al hecho mismo como su ilicitud, por lo tanto no se debe concluir, que el bien jurídico de mayor importancia desplace siempre al de menor entidad, pues no debe entenderse, en ese punto, únicamente a determinada jerarquía del bien, sino fundamentalmente a su alcance conceptual, ya que para que un bien jurídico consuma a otra debe comprenderlo dentro de sí, produciendo el fenómeno de que su ofensa desplace, por su gravedad, a la ofensa del bien más amplio. “El principio de consunción obra cuando una figura delictiva abarca y consume a otra, y esto sucede, cuando las figuras tienen una relación de menos a más, o de parte a todo, o de imperfección o perfección, o de medio a fin conceptualmente necesarios a presupuestos”.<sup>57</sup>

En relación con la consunción, la exclusión no se produce en razón de que los valores sean equivalentes, sino porque en uno de ellos hay una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo. Los casos de consunción, revisten de mayor importancia y están constituidos por aquellas situaciones en las cuales la ley, expresa o tácitamente, da por sentado que cuando se aplique determinado tipo de delito, por

---

<sup>57</sup> REYES ECHENDIA, Alfonso. Op. Cit., pág. 428.

él ha de entenderse por consumidas otras fases de la acción realmente sucedidas y punibles, conforme al otro o al mismo tipo.

Sólo mediante la síntesis interpretativa puede el Juzgador determinar cuándo es posible y a virtud de qué circunstancias la aplicación del citado principio. Desde luego hay imposibilidad de establecer exhaustivamente los casos de consunción, ya que si el conflicto de leyes no se limita a los tipos penales, resulta francamente difícil prever todas las hipótesis de consunción. Es por eso que se hace necesario señalar cuáles son las situaciones más comunes y en las cuales tiene aplicación el principio que nos hemos venido refiriendo.

Con la denominación infracciones progresivas, la doctrina se ha ocupado de casos en los que, a pesar de la pluralidad de conductas delictivas, no puede hablarse con propiedad de un concurso de delitos. Se afirma que tanto el delito progresivo como la progresión delictiva, constituyen la excepción a los concursos, dado que no obstante la pluralidad de conductas se produce que el fenómeno que una de ellas se vincule a las otras en forma tal que la actuación del Juzgador, en su función de interpretar y aplicar la ley, habrá de concluir en considerar subsumibles todas ellas en una sola norma. Estas infracciones se concretan, cuando a la violación de la norma principal se llega por grados progresivos, los que pueden ser uno o varios en sí mismos delictivos, no obstante lo cual los hechos están de tal manera vinculados que la etapa superior del delito va absorbiendo totalmente a la menor, en la pena, su tipo y figura. Se afirma la existencia del delito progresivo cuando una norma que describe en forma abstracta un tipo legal contiene en sí a otro tipo, de manera que la realización de aquél no puede cumplirse sin la realización de éste. Se trata en realidad de dos figuras relacionadas abstractamente en función de la norma que las prevé, cada una de ellas integra un tipo delictivo particular, pero para constituir un delito progresivo, es necesario que exista entre ambas figuras, en el caso concreto, una relación de causalidad material y que la voluntad criminal sea única, de tal manera que la concurrencia de estos factores determine la unicidad de la valoración jurídica. Por último en este

punto es necesario indicar que el delito progresivo no se encuentra regulado en los Códigos, pero ha sido la doctrina Italiana, la que se ha ocupado de su estudio.

En cambio en la llamada progresión delictiva se da una serie de actos que exteriorizan el propósito delictivo del autor y se encadenan o vinculan en forma natural, de manera que la actividad se desarrolla de menos a más, con un contenido antijurídico de menor a mayor. Existe por ejemplo esa progresión en el delito de lesiones en relación con el homicidio, ya que salvo el supuesto singular de una sola lesión que produzca instantáneamente la consecuencia mortal, antes de sobrevenir la muerte se ha pasado por el trance previo de las lesiones. En nuestro derecho constituyen casos de progresión delictuosa el allanamiento de morada con el robo en un lugar cerrado, previstos en los artículos 210 y 220, éste en relación con el 223 del Código Penal. En ocasiones los actos vinculados están referidos en la ley en diversos resultados, más o menos graves constitutivos de un sólo delito; así, por ejemplo, si una persona al golpear con un puñal sobre el cuerpo de la víctima causa lesiones leves o graves en razón de sus consecuencias, éstas últimas habrán de constituir la etapa final en cuanto a la gravedad de la violación a la ley, que absorberá la penalidad de las otras, excluyendo la aplicación de las normas que las prevén.

Esta cuestión previa es de suma importancia, pues en la progresión criminosa no se está en presencia de una norma de mayor amplitud descriptiva, sino ante una sucesión de conductas vinculadas por el mismo propósito, en que la conducta encuadra en la norma de mayor alcance valorativo absorbe a todas las precedentes que tipifican actividades de menor relevancia jurídica y las cuales por su vinculación con la más grave, quedan consumidas en ella. De lo antes asentado se infiere que la progresión criminosa precisa de una mayor sucesión de actos, de menor a mayor significación valorativa, que en conjunto constituyen jurídicamente un solo delito, como acontece en la violación por cuanto hace a los actos de coacción previos a la obtención de la cópula, o la violencia anterior que se precisa para la consumación del robo calificado. La unidad de actos debe realizarse dentro de la misma unidad psicológica, esto es, que la pluralidad de

comportamientos o de actividades del sujeto obedezcan el mismo patrón psicológico por cuanto constituyen la expresión material de un fin concreto y predeterminado, siempre y cuando tales conductas previas, por razones previas diversas, no tengan sustancia propia. En este orden de ideas es claro que dentro del proceso ejecutivo dos normas pueden encontrarse en relación de medio a fin, en cuyo caso el delito constituye la meta en la progresión absorbe al primero. Este criterio dice la doctrina no es absoluto, pues su viabilidad supone no solo la necesidad de ejecución del delito medio para consumar el delito fin, sino además que el primero no tenga una significación particular y trascendente, desde el extremo valorativo señalado anteriormente, que impida una subsunción en el segundo, pues lo contrario equivaldría a pretender colocar en un rango secundario lo que tiene carácter principal, con violación del principio que proclama que el medio es siempre accesorio respecto al fin.

Las interferencias que llevaba a valoraciones humanas respecto a las diversas conductas previas, con lo que se rompe la unidad psicológica y objetiva señaladas, pueden ocurrir ya por determinación expresa de la ley o porque sin así señalarlo excluyan la consunción al otorgar plena autonomía a las conductas previas, porque el sujeto ha realizado las acciones previas con la intensidad antijurídica extraordinaria, o bien porque se ha desviado de la línea del delito de modo fundamental. En ocasiones la propia ley exige la valoración separada de las conductas realizadas, es decir les otorga autonomía e impide la consunción de una norma de la otra, como por ejemplo en el caso de la falsificación de documentos y el fraude.

En otras ocasiones, aún cuando la ley no lo exija expresamente, la autónoma valoración de las conductas se impone a virtud de la intensidad jurídica de la acción, lo que sucede cuando la violencia ejercida sobre el pasivo produce lesiones que en su clasificación exceden de las racionalmente necesarias para lograr el yacimiento con la víctima del delito de violación, pues si bien las violaciones ordinariamente se subsumen en la infracción, por constituir el medio comisivo necesario requerido por el tipo, cuando la intensidad con que actúa el

agente produce un resultado antijurídico que va más allá del preciso para obtener el fin deseado, se impone a sancionar aquél con independencia de éste.

Por último, igualmente se impone la autónoma valoración de las conductas, excluyéndose la consunción, cuando el activo se separa de modo fundamental de la línea de delito, como podría ser el caso: que una persona que entra a una casa a robar, pero es descubierto por el dueño de la misma, quien trata de impedir que sustraiga sus pertenencias, por lo que al ser descubierto sale del domicilio y en su huida se le cae en la calle el reloj propiedad del dueño, llevándose el ladrón las joyas restantes, ante esta, aquí quedaría consumido en delito de tentativa de robo por lo que respecta al reloj, en la idea del delito de robo calificado, porque sin lugar a dudas se trata de un acto realizado en la misma línea de delito, pero si el delincuente en lugar de emprender la huida, acciona su arma en contra del dueño de la casa causándole la muerte, no estará consumido en la idea del delito de robo, porque sin lugar a dudas se ha desviado de la línea delictiva.

Dentro de la expresión genérica delitos progresivos, la doctrina también comprende los llamados actos anteriores, pues entendido que el delito consumado comprende las fases previas al hecho, contempla a éste como una unidad que abarca las etapas anteriores y en ocasiones aún las posteriores, cuando no puedan ambas ser estimadas independientes o autónomas porque su producción presupone necesariamente la imputación anterior o posterior. En este orden de ideas, el delito consumado absorbe los resultados que constituyen actos previos a la consumación dentro del proceso ejecutivo de un delito, incluyendo aquellos que de considerarse separadamente integrarían figuras consumadas, como por ejemplo el delito de lesiones dentro de un homicidio o en relación a una tentativa de homicidio, así la norma que comprende el hecho consumado absorbe y consume a la norma que contempla la figura de la tentativa, de modo que responde por homicidio quien primer ha intentado matar y luego ha producido la muerte, siempre que no se destruya la unidad de acción.

También la doctrina destaca como casos de consunción, la concurrencia de normas que prevén un delito de peligro y uno de lesión, se establece que

ordinariamente el delito de daño absorbe el delito de peligro, en función del desvalor de éste frente aquél, originando en la íntima relación guardada entre las figuras concurrentes, a virtud de la tutela al mismo bien jurídico o bienes de similar naturaleza, puede suceder que el fenómeno de la consunción no se produzca por obtener el delito de peligro un carácter general, al proteger a un número indeterminado de personas, de manera que aun al producirse el daño concreto subsista la calificación de la conducta a título de peligro creado, en cuyo caso podría originarse un concurso de delitos. Así por ejemplo en nuestra legislación tenemos el delito de lesiones y homicidio artículos 123 y 130 del Código Penal del Distrito Federal.

De igual forma la doctrina señala que los delitos denominados complejos y compuestos constituyen ejemplos de consunción. Recuérdese que el delito complejo se integra por varios hechos que si bien considerados en forma aislada se califican de delictuosos, para los efectos penales no son sino elementos constitutivos o meras circunstancias de agravación de un solo delito; en tanto el compuesto según lo hemos precisado anteriormente, resulta ser aquel en el que una infracción constituye el medio para la comisión de otro delito, o bien ambas infracciones son condición de punibilidad del correspondiente delito. Si bien se examina la cuestión, deberá tomarse en cuenta de que realmente en tales casos se está en presencia de un solo delito por expresa disposición de la ley, pero de ningún modo dice la doctrina frente a una concurrencia de normas incompatibles, como podría ser el caso del homicidio y las lesiones calificadas, previstos en el artículo 138 del Código Penal para el Distrito Federal.

Otro tipo de consunción señala la doctrina, se presenta en las llamadas conductas concomitantes, mismas que son ejecutadas por el autor y son consumidas por el hecho principal, al encontrarse íntimamente vinculadas con éste en razón de subordinación nacida de la amplitud normativa del tipo que las comprende; en tal caso, hay igualmente una pluralidad de conductas integrantes de una unidad típica que desplaza la posibilidad de un concurso, en función de la mayor entidad valorativa de la norma excluyente. Los abusos deshonestos realizados en la mujer

al ejecutarse la violación, que quedan consumidos por ésta. En este sentido se señala como otra hipótesis de consunción el desvalor de una característica eventual de la conducta, ya comprendida en el delito de que se trata, como ocurre en las lesiones leves producidas en la violencia exigida en el tipo, se trata de una valoración material y valorativo. Así pues resulta claro que el robo con violencia o el delito de violación, pueden cometerse sin que haya lesiones leves como consecuencia de la violencia ejercida sobre la persona, pero cuando las haya y no sean más que las emergentes de la violencia que se requiere en el tipo, no se trata más que el resultado de una característica que ésta requerida en la tipicidad que consuma.

Como en el caso de las conductas anteriores, la consunción resulta inexistente cuando las actividades concomitantes se apartan de tal manera del hecho típico considerando que no es posible estimarlas adyacentes, desprendidas o subordinadas a él, por tener independencia indiscutible que hace imposible el fenómeno de la consunción. Para poder ilustrar de mejor manera esto, podríamos señalar que en el caso de la violación, la violencia ejercida al copular, produce la muerte del sujeto pasivo, habrá dos delitos que sancionar: la violación y el homicidio, como también habrá un caso de concurso si del acceso carnal ilícito resulta en la víctima una enfermedad venérea.

Otro aspecto importante a destacar lo es que el fenómeno de la absorción, que opera en el tipo de mayor amplitud respecto de las conductas anteriores y concomitantes que carecen de capacidad autónoma, se producen igualmente con relación a las conductas posteriores, integrando lo que se conoce como actos posteriores impunes, los cuales son estudiados comúnmente con los actos anteriores ya examinados, la intención tiene una importancia fundamental, pues a través de ella puede establecerse si existe un nuevo desvalor delictivo; igualmente debe atenderse si el acto posterior lesiona a una nueva persona. En ciertos delitos, según ha destacado la doctrina, la intención resulta fundamental para estructurar el dolo que da significación jurídica a la conducta o hechos típicos, el ánimo de lucro es característico del apoderamiento de la cosa ajena en el robo, de

manera que la utilización del objeto del delito, como acto posterior, está íntimamente relacionado con tal intención; por ello, cuando se destruye la cosa robada, porque la intención del apoderamiento ha sido la de dañar y no el de venderla, el acto posterior tiene relevancia jurídica e inclusive desplaza a la acción del apoderamiento, lo que no sucede si la destrucción, como acto posterior, es una consecuencia del ánimo de lucro que acompañó la conducta principal integrante del robo.

El ladrón que destruye la cosa robada, la utiliza disfrutándola o consumiéndola, o bien la vende a un tercero para aprovechar su producto, puede o no realizar un acto posterior impune, según las circunstancias que medien en el caso. Un acto de agotamiento del delito es la culminación del propósito que motivo al agente a delinquir y si la conducta constitutiva del delito es punible, generalmente no debe serlo el acto de agotamiento del mismo. Debe tenerse presente, que para tener por consumida una acción por otro tipo, es necesario que aquélla no constituya un plus sobre la descripción que la figura contiene, en el caso que la ley use una expresión genérica menos grave, no podrá estimarse que comprende también una acción específica y mayor, por ejemplo la expresión violencia, no absorbe la expresión lesionar.

Asimismo una parte de la doctrina considera que los actos posteriores típicos impunes tienen una mayor importancia que los típicos actos previos impunes. Se da aquella situación cuando el autor del precedente hecho principal realiza una nueva acción típica, punible en forma autónoma, que constituye un nuevo ataque contra el particular del bien jurídico lesionado por el hecho principal, como ocurre en el caso de la destrucción de la cosa robada por el ladrón. Esta doctrina contempla estos casos como una compleja unidad de acción con efecto absorbente o como una manifestación del concurso de leyes con desplazamiento del tipo del acto posterior por el previo.

Ahora bien, esta doctrina estima como presupuestos del acto posterior típico pero impune, el que éste se ha cometido por quien realizó el hecho principal, excluyéndose por tanto el caso en que el acto posterior constituye en esencia un

delito conectado al acto de otro. Por otra parte los actos posteriores, se limitan a la esfera de los delitos contra el patrimonio y aún más rigurosamente contra la propiedad, sin que el acto posterior deba poder rebasar, en forma alguna el cuadro trazado por el hecho primero, pues la impunidad de aquél acto que es posterior, sólo deberá cubrir bienes personales y objetivamente individuales por el primer hecho, de manera que el segundo acto no afecta a nuevos titulares del bien jurídico individualizado; lo antes señalado a llevado a la doctrina a considerar excluida la impunidad del acto posterior, en los siguientes casos:

\*Cuando el primer hecho lesiona bienes particulares y el posterior bienes de la colectividad.

\*Cuando el acto posterior tiene como objeto de agresión y lesión un bien jurídico que es el mismo que el del acto anterior, siendo distinto su titular.

\*Cuando el acto posterior se dirige contra la víctima del primer acto, pero su resultado es más grave o lesiona un bien jurídico más amplio al del primero.

“Por lo demás tiene razón Von Hippel cuando dice que es superfluo el caso de lo que se ha dado en llamar relación de consunción; una palabra sin contenido claro que en parte indica casos diversos de los de concurso de leyes. Consunción no es una relación; es un resultado: el que se alcanza eliminando las figuras que no corresponde tomar en consideración. Este es el criterio predominante en la más reciente doctrina alemana, que reduce los casos de concurso de leyes a las relaciones de especialidad y subsidiaridad”.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> REYES ECHENDIA, Alfonso. Op. Cit., pág. 251.

### **1.3.- PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD.**

La doctrina ha tenido un camino sumamente intrincado al tratar el tema de la subsidiariedad, ya que las opiniones de los maestros que ha tocado este tema son contradictorias, pues mientras unos le niegan el carácter distintivo propio, considerándola una especie de la consunción o bien identificándola con la especialidad, otros autores le dan una particular importancia; por otra parte hay autores que reconociendo la validez de la subsidiariedad, admiten únicamente la denominada expresa y en cambio niegan la posibilidad de la denominada tácita. Otro grupo de maestros admiten la relación de subsidiariedad en sus formas expresa y tácita, dándole plena independencia en relación a los principios antes ya analizados.

Son formas relativamente subsidiarias las de aquellos tipos que deben ser aplicados, siempre que el hecho no importe un delito más grave, como pueden ser en nuestra legislación el caso de allanamiento de morada y el de amenazas, pues así lo indica la ley en forma expresa.

En los casos de subsidiariedad tácita, en cambio, deben ser resueltos en virtud de la interpretación de la ley. Así, los llamados delitos de peligro son frecuentemente subsidiarios frente a los llamados delitos de lesión.

Ahora bien, actualmente el principio de subsidiariedad se encuentra previsto en el artículo 13 Fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, pretende que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un mismo bien jurídico, pero en diversos grados de punibilidad, caso en que se aplica la ley principal. "Las figuras están en relación de subsidiariedad cuando, eliminada una de ellas, queda como posible remanente la adecuación a la figura secundaria

o subsidiaria. Para que esto pueda ocurrir, es preciso que la figura remanente esté comprendida dentro de la desechada”.<sup>59</sup>

De los conceptos vertidos se infiere que la aplicación de la norma subsidiaria se opera únicamente cuando no es posible la de la norma principal, existiendo entre ambas la relación de mayor y menor, fundamental y secundaria, principal y accesoria, en función de contener una de ellas, por sus elementos constitutivos, un mayor poder de protección en cuanto al bien jurídico tutelado por ambas. Conviene por tanto destacar el carácter condicional de la aplicación de la norma subsidiaria, surgido de su entidad secundaria en la previsión y punibilidad de la conducta o del hecho, es decir, un determinado tipo penal sólo entra en efectividad a modo de reserva y para el caso especial de que otro tipo más grave no pueda operar, siendo así preceptos de segundo grado u orden que están colocados por así decirlo detrás de la norma primaria o fundamental, para sólo aparecer en escena cuando ésta, por no importar que causa, no puede actualizarse. Lo antes señalado nos lleva a establecer que la aplicación de la norma principal o primaria no opera ningún fenómeno de consunción, ya que la norma subsidiaria en forma alguna es absorbida por aquella, pues simplemente desaparece por ser inoperante en el caso en particular.

“Preciso y claro nos parece el concepto dado por el destacado autor argentino (SEBASTIAN SOLER) al expresar que una figura es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación está condicionada a que no sea de aplicación otra figura (subsidiariedad expresa), o cuando una figura entre en la composición o circunstancia agravante y no como delito tipo (subsidiariedad tácita)”.<sup>60</sup>

Con lo antes asentado se puede ver que una parte de la doctrina ha dividido a la subsidiariedad en expresa o tácita, según se encuentra o no consignada en la ley, en ocasiones ésta, con referencia concreta a una norma, precisa que será la aplicable salvo que el hecho determinado no integre delito más grave.

---

<sup>59</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Reimpresión, Argentina, 1990, pág. 250.

<sup>60</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit., pág. 195.

Si bien los casos de subsidiariedad expresa son excepcionales, los de subsidiariedad tácita se presentan en forma más reiterada. En estos casos la norma subsidiaria es elemento constitutivo de la norma principal o circunstancia agravante de la misma, requiriéndose para la solución del conflicto originando en la concurrencia de ambas el examen de las figuras y del hecho considerado, a efecto de determinar si la norma de mayor pena, y por tanto con rango principal, contiene a la otra de forma que ambas prevén la incriminación del hecho, para estar en posibilidad de aplicar la que debe funcionar. Así, los llamados delitos de peligro son frecuentemente subsidiarios frente a los denominados delitos de lesión. Así por ejemplo si el agente que entra a un domicilio particular en forma violenta y se apodera ilícitamente de los objetos que se encuentran en su interior, es obvio que el Agente Investigador y posteriormente el Juez aplicaran lo establecido en el artículo 224 Fracción del Código Penal para el Distrito Federal, que sanciona el robo cometido en lugar habitado, excluyendo de pena el hecho de haber cometido el delito de allanamiento de morada previsto en el artículo 210 del mismo ordenamiento, ya que el primer dispositivo contiene al segundo como circunstancia agravante de la punibilidad del robo. Ahora bien, puede darse el caso que si en el delito funcionara una causa de atipicidad, como lo sería el apoderamiento por error, es decir, que éste recayera en un bien propiedad del propio sujeto activo: la inoperancia de la norma relativa al robo, que es la principal en atención a la gravedad de la pena, haría en cambio aplicable, de manera subsidiaria el tipo penal previsto en el artículo 210 que es en donde está previsto el allanamiento de morada.

Asimismo es necesario hacer hincapié en que puede presentarse el caso de que alguna circunstancia de que una norma haga alusión en forma genérica, a determinadas expresiones para referirse al medio de comisión del delito, no equivale a considerar en ella comprendido, como elemento, un comportamiento que por si pudiera integrar una figura en particular, para que tal fenómeno opere, es preciso que la referencia de la ley tenga carácter específico como podrían ser las lesiones, daño en propiedad ajena, documento falso, así como ejemplo tenemos lo previsto en el artículo 130 del Código Penal para el Distrito Federal, en

el cual se prevé el delito de lesiones, en dicho tipo se establece el hecho de cuando una persona lesione a otra en forma dolosa se hará acreedor a una pena de prisión, lo que en este caso protege es el bien jurídico de integridad física, pero puede presentarse el caso que una persona golpea a una mujer embarazada, provocándole lesiones a la mujer y muerte al producto. En este caso las lesiones que presenta la pasivo y la muerte del producto concurrirán materialmente.

Por último, respecto al principio de subsidiariedad se ha estimado, que no tiene independencia, ya que no difiere substancialmente del principio de especialidad, llevando a los mismos resultados; que viene a ser un concurso real impropio, porque las leyes o disposiciones legales presuponen dos hechos distintos; que deben rechazarse por las incertidumbres a las que da lugar; que la subsidiariedad debe ser incluida en el principio de consunción. También se tienen las opiniones de otros autores en el sentido de que no hay problema alguno con el principio de subsidiariedad, porque es la misma norma la que está señalando concretamente la disposición que se ha de aplicar, y por tanto, ello es tan cierto que en estas hipótesis no se presenta en la práctica ninguna incertidumbre respecto a la norma aplicable. Es decir, que cuando la aplicabilidad de una disposición está expresamente excluida por la ley nos encontramos ante un concurso aparente de normas.

#### 1.4.- PRINCIPIO DE LA ALTERNATIVIDAD.

“El maestro Carlos Binding, uno de los primeros en ocuparse del examen del principio de alternatividad comienza por afirmar que dos leyes penales pueden tener casos excepcionales un contenido idéntico y en ocasiones más frecuentes, ese sentido puede coincidir en parte, sin que en esta hipótesis una de tales leyes constituya la regla y la otra se convierta por ese motivo en la excepción”.<sup>61</sup>

Cuando las normas tienen identidad parcial, los tipos se encuentran en relación de tal manera que los mismos presentan penas determinadas, lo que equivale a que los tipos del delito en los que aparezcan penas privativas de libertad equivalentes, resulta indiferente aplicar cualquiera de ellas; en cambio, cuando exista diferencia entre las penalidades de prisión llevara al Juzgador a aplicar la norma que contenga la mayor sanción, esto es lo que señala la doctrina en este principio, pero afortunadamente esta regla no es seguida por nuestros tribunales ya sea locales o federales.

El concurso aparente al igual que en el concurso formal se produce el fenómeno de que varias normas penales contemplan la misma situación de hecho; pero si en tal punto existe coincidencia, en cambio mientras en el concurso aparente, las partes correspondientes del hecho son las mismas en las normas concurrentes, en el formal una parte del hecho corresponde igualmente a los dos tipos penales y a las otras partes del hecho se conforman a un tipo legal y la otra al otro, de manera que en este concurso las dos normas toman en cuenta una misma parte del hecho, pero también abarca por separado una parte distinta del propio hecho. De lo antes expuesto se infiere que la parte del hecho comprendido de las propias normas que regulan el hecho constituyen propiamente un concurso formal de delitos, pues en el concurso impropio, que es la simple apariencia de concurso de normas, las normas serían coincidentes, es decir, su contenido es idéntico, por quedar uno completamente comprendido en el otro, lo cual se puede demostrar

---

<sup>61</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit., pág. 200.

poniendo como ejemplo del delito de violación que se realiza sobre una mujer casada, en el que puede darse un concurso formal entre los delitos de violación e incesto, ejecutados a través de un solo hecho, en el anterior ejemplo, los tipos en concurso tienen en común la conducta consistente en la imposición de la cópula, pero a su vez cada uno de los delitos requiere elementos de distinta naturaleza entre sí.

Para alguna parte de la doctrina el bien jurídico tiene mayor importancia a fin de poder establecer la relación de alternatividad entre las normas penales. Esta corriente doctrinaria se apoya en la teoría del tipo, afirma que dos preceptos legales se encuentran en relación alternativa cuando siendo diversas las figuras delictivas son idénticas, en cuyo caso el hecho debe subsumirse en uno u otro precepto, más no en ambos, ya que una de tales normas desplaza a la otra, según la jerarquía del tipo dominante. Con base en este punto que precisa la diversidad entre los tipos y la identidad de las figuras delictivas, establecen que estas responden, aparentemente, al gobierno de uno o de otro tipo, en forma alternativa, en el cual precisamente radica la esencia de la alternatividad. En el conflicto entre las normas que pugnan por regular la figura delictiva, al Juzgador corresponde determinar la adecuación del hecho en el tipo, y cuando haya silencio de la ley, debe buscarse el criterio justificativo para desplazar una ley mediante la aplicación de la otra, puesto que no es dable suponer que un Juzgador pueda obrar arbitrariamente, dada la trascendencia que tiene para los efectos de la reincidencia, de que el hecho se califique de tal o cual manera. Esta corriente doctrinaria señala que el criterio básico para resolver el proceso de subsunción, se finca en el principio de valuación de bienes jurídicos, conclusión apoyada en las circunstancias de que el derecho penal y fundamentalmente los tipos penales protegen siempre un bien u objeto previamente valorado por el legislador, el cual es susceptible de ataques a través del hecho delictivo, los bienes jurídicos son objeto de protección legal y su escala se encuentra determinada en la parte especial de los Códigos Penales, sitio en donde todos sabemos se encuentra la ubicación de los tipos, ordenados en una forma jerarquizada y entre los cuales existe una determinada relación valorativa. Estos valores asegura la doctrina que

deben apreciarse y distinguirse tomando en cuenta como primer término la gravedad de la pena, por ser lógico que el legislador sanciona, con penas más graves, los delitos cuyos tipos lesionan situaciones jurídicas más graves, de manera que el Juez, al decidir el conflicto encuadre la figura delictiva en el tipo que tenga mayor sanción, de lo antes asentado se advierte que esta corriente doctrinaria, en forma primaria decide que al aplicación de la pena más grave, excluye la alternatividad, pero si ello no fuere posible, en virtud de igualdad de penas, sólo por la vía interpretativa es posible apreciar el mayor valor de los tipos en concurrencia.

En términos generales, la alternatividad supone una situación de conflicto entre dos normas penales reguladoras de la misma situación de hecho, de modo que el Juzgador, ante el idéntico tratamiento punitivo, está en posibilidad de aplicar cualquiera de ellas, resultando indiferente la aplicación de una u otra. En estos conflictos, existen impremeditadas duplicidades del legislador, impaciencias del mismo, ansias de disciplinar los supuestos en su totalidad, reiterando el castigo del caso, aún con aplicación diversa para que los agentes no se entreguen al olvido de la sanción.

Es conveniente, sin embargo, poner de relieve que en la concurrencia de normas que originan la relación alternativa, como en toda apariencia de concurso, las figuras se excluyen por su incompatibilidad, ya que aún regulando el mismo hecho, éste sólo puede adecuarse a una u otra de tales normas, pero no a ambas, pues de operarse este fenómeno surgiría un auténtico concurso. "Según Honig, habrá alternatividad cuando dos disposiciones se comportan, respecto a la tutela de un mismo bien, como medios diversos para un mismo fin; en tal caso a la diversidad de los medios correspondería la inconciliabilidad de aplicación de uno de los dos tipos".<sup>62</sup>

Algunos autores, al ocuparse de la alternatividad, estiman prudente hacer referencia a las leyes complejas alternativas o mixtas alternativas, así llamadas por esta corriente doctrinaria para diferenciarlas de las complejas o mixtas

---

<sup>62</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit., pág. 91.

acumulativas, clasificación de los delitos que tienen especial importancia. También distinguen a las leyes en mixta alternativa y mixta acumulativa, siendo la primera aquella que establece diversas modalidades de realización, esto es, en que el tipo describe diversas conductas, acciones u actos que prevén alternativamente la figura delictiva, de manera que su valor fungible hace indiferente la realización de una u otra de las conductas descritas, pues con cualquiera de ellas el delito se perfecciona. Por eso se dice que en tales normas el carácter alternativo se expresa con la conjunción “o”, la cual establece disyuntivamente la posibilidad de integración del delito con cualquiera de las conductas o acciones descritas, en tales tipos se reúnen varios tipos de una unidad externa. La ley mixta acumulativa, en cambio, se encuentra formada por hechos acumulativamente previstos y la falta de fungibilidad de los mismos, en razón de su diversa exigencia valorativa, origina la autonomía funcional de cada uno de los acontecimientos descritos: en estos tipos se recogen pluralidad de conductas o hechos delictivos autónomos entre sí.

El artículo 123 del Código Penal Federal, en donde se encuentra el tipo penal de Traición a la Patria, el cual recoge un tipo de formulación alternativa, al establecer que comete el delito de traición: el que realice actos contra la independencia de nuestra Nación, su soberanía o su integridad, *destruya o quite dolosamente* las señales que marcan los límites del territorio nacional o haga que se confundan; al que *oculte o auxilie* a los países, etc. Este tipo penal puede considerarse como un precepto que recoge un tipo alternativo, por cuanto en él se describen diversas conductas separadas en forma disyuntiva por la conjunción mencionada, de manera que el delito es perfecto cuando se ejecuta cualquiera de ellas en virtud de que la pena es idéntica y las mismas tienen autonomía entre sí. Los tipos acumulativos, como se les conoce, son poco comunes en nuestra legislación, pero se distingue de los tipos alternativos que en ellos se precisa la concurrencia de todas las hipótesis descritas. Así por ejemplo el artículo 250, Fracción I del Código Penal Federal, sanciona a quien sin ser funcionario público se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal, no bastando para la integración de la usurpación el atribuirse una calidad de la que se carece, sino que se

requiere, además, ejercer alguna de sus funciones; el tipo exige la realización de las dos conductas descritas: la primera consiste en atribuirse el carácter de funcionario público sin serlo y la segunda ejercer alguna de las funciones inherentes al cargo usurpado.

La doctrina señala como otro supuesto de relación de alternatividad, cuando se presentan las figuras penales con el carácter de “ambivalentes” por disciplinar una misma hipótesis de hecho el padre que le impone la cópula a su hija, se presentara el delito de violación, pero a su vez el de incesto por la relación de parentesco; esta corriente señala como casos de alternatividad, algunas formas de participación en el delito en las que no se precisa la diferencia surgida, como por ejemplo: entre el autor directo y material y el inductor o autor intelectual, extendiendo la realización de la alternatividad a las llamadas circunstancias agravantes o de cualificación, en donde la ambivalencia puede producirse por ser indistinta, a los efectos de la sanción del hecho la ubicación en uno o en otro precepto la acción considerada. No obstante, en muchos casos es preciso hacer uso del principio de alternatividad para dar correcta solución al concurso aparente de leyes.

## **CAPITULO V.**

### **1.- EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.**

Según se ha visto, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la

denominación de Derecho Penal sustantivo o material. El derecho penal concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.

Conviene señalar, por lo menos, que las medidas de seguridad y los tratamientos para niños o enfermos autores de actos típicos del Derecho Penal, no integran propiamente a éste; se trata de reglas paralelas al Derecho Penal; por ello, sin desconectar la diferencia de esas normas con las propiamente mentales, la seguiremos considerando como pertenecientes a dicha rama del Derecho. Las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del Derecho material y recibe el nombre de Derecho adjetivo o instrumental y con mayor frecuencia Derecho Procesal Penal.

El Derecho Penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente, sin uno, el otro pierde su razón de ser: sin el Derecho Procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, porque no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial o administrativa correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal, se convierte en un formalismo absolutamente hueco.

El Derecho Procesal suele definirse como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares, el Derecho Procesal regula el desenvolvimiento del proceso penal, ya que es un conjunto de reglas que norman la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción.

“En este sentido es factible señalar que el Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan el procedimiento penal ya sea en su conjunto o en los actos particulares que lo integran, mientras que el proceso es el conjunto de

los actos regulados por la Constitución, los Códigos de Procedimientos, Leyes Orgánicas, Reglamentos y Leyes Especiales”.<sup>63</sup>

Ahora bien, en primer término, el Derecho Penal guarda vínculos con la Teoría General del Proceso, porque esta proporciona el marco teórico conceptual del Derecho Procesal Penal, por lo que puede afirmarse que donde termina el estudio de la Teoría General del Proceso inicia el de las ramas procesales en particular, y una de ellas es la procesal penal, y en forma particular con el Derecho Procedimental Penal, pues, este último proporciona las reglas y establece los procedimientos para que pueda surgir a la vida del Derecho Penal sustantivo.

No debe perderse de vista que la función del Derecho Procesal es lograr que se aplique el Derecho Penal al caso concreto y tiene aplicación desde la averiguación previa, incluso hasta después de que el reo ha cumplido con su sanción.

“En las relaciones derivadas de la violación de un Derecho en que se afecten los intereses de la sociedad, el Estado no puede legalmente ejercitarlos sin sujetarse a las formas procesales, ocurriendo ante los Órganos competentes. La ley penal no se puede aplicar a priori; tampoco puede aplicarse sin la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento. Es una garantía que consagra nuestra Constitución...El Derecho penal no se realiza solamente con la descripción de los delitos y la fijación de las sanciones o medidas de seguridad; es el proceso penal el que le sirve de instrumento para su definición y a nadie puede condenársele, sino mediante juicio normal”.<sup>64</sup>

Este vínculo se pone de manifiesto en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional al señalar: “Nadie podrá ser privado de la vida, 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

---

<sup>63</sup> MACEDO AGUILAR, Carlos. Derecho Procesal Penal, Editorial Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V., Segunda Edición, México, 2007, pág. 3.

<sup>64</sup> GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1991, pág. 4.

esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Debemos entender entonces que el proceso penal es un desarrollo evolutivo que se sigue de manera indispensable para lograr un fin, pero no un fin es sí mismo, sino más bien como medio para hacer manifiestos los actos del quien en él intervienen, los cuales deberán de llevarse a cabo en forma ordenada, pues el seguimiento de uno da paso a otros para que previa observación, se actualice la sanción prevista en la ley penal sustantiva. En si el procedimiento penal se ha definido como la acción de proceder, método de ejecutar algunas cosas, actuaciones por trámites judiciales o administrativos. El procedimiento penal está constituido por el conjunto de actos, vinculados entre sí por relaciones de causalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por los órganos persecutorio y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar como ya se señalo antes sobre el autor o partícipe de un delito la conminación penal establecida en la ley. “Lo conceptualizaremos como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente”.<sup>65</sup>

De la definición antes señalada se desprende tres elementos que son:

- a).- Conjunto de actividades realizadas por las personas, que en forma concreta intervienen para que se determine la aplicación de la ley penal a un caso particular. En este caso es importante, por lo general, el menoscabo, para una de las partes, de un derecho o de un bien jurídicamente tutelado por el Estado y la sociedad.
- b).- Conjunto de preceptos o reglas dictadas por el Estado, de carácter adjetivo, que comprenden los actos que se llevan en el procedimiento penal ante un órgano jurisdiccional.

---

<sup>65</sup> RUBIO FERNANDEZ, Samuel. El Ejercicio de la Garantía de Defensa en los Plazos Oscuros del Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2004, pág. 25.

c).- La finalidad que se persigue es reglamentar las actividades de las partes que intervienen en el proceso, a efecto de aplicar la ley penal al caso concreto, crea una vinculación entre el deber ser (constituido por la norma) y el ser (o hecho de realidad al cual se trata de aplicar la hipótesis normativa).

Asimismo se puede señalar que el procedimiento penal abarca tres etapas:

1.- La preparación de la acción procesal penal, cuya finalidad es la reunión de datos por parte del Ministerio Público, para excitar al órgano jurisdiccional a cumplir con su función.

2.- Reunión de los datos que servirán de base al proceso y se conoce como fase de preparación del proceso.

3.- El proceso penal en sentido estricto consta de:

\*La instrucción, cuyo objetivo es ilustrar al juez para que pueda cumplir con su misión.

\*El periodo preparatorio a juicio, en el que las partes fijarán sus posiciones (conclusiones) según los datos obtenidos durante la instrucción.

\*El periodo de audiencia en que las partes serán escuchadas por el Juez.

\*El fallo o sentencia del órgano jurisdiccional, declarado el derecho al caso concreto.

De lo antes asentado, tenemos que el procedimiento penal tiene dos acepciones: una lógica y otra jurídica. Desde el punto de vista lógico es una asociación de fenómenos vinculados entre sí mediante las relaciones de causalidad y finalidad. En este sentido jurídico, es una asociación de actos que se refieren a la investigación de los delitos de sus autores y a la instrucción del proceso. El procedimiento es la forma, es el método empleado para que el proceso pueda llevarse a cabo, por lo tanto, el primero es un concepto general que envuelve

dentro de su seno al concepto de proceso y éste a su vez al juicio. La ley Mexicana, al referirse al procedimiento penal, comprende la especial tramitación de todos los actos y las formas que deben darse a partir del instante en que el Ministerio Público toma conocimiento del ilícito penal, hasta el periodo procedimental en que se dicta sentencia; y en cuanto al proceso éste se inicia en el momento en que el Ministerio Público provoque la Jurisdicción del Juez por medio de la consignación de los hechos, el proceso se inicia hasta el momento en que el órgano jurisdiccional dicta auto de formal prisión o sujeción a proceso en contra del presunto responsable de un delito, al cual a partir de ese momento se le denomina procesado; y el juicio se inicia en el momento en que el Ministerio Público rinde dentro del proceso sus conclusiones acusatorias; lo anterior se desprende que se pueda dar el procedimiento sin que ello implique el nacimiento del proceso, aunque éste no tendrá vida sin aquél. Por ejemplo: el Representante Social puede iniciar una averiguación previa y determinar el no ejercicio de la acción penal, por lo que se iniciaría el procedimiento, pero no el proceso y menos aún del juicio.

Por últimos señalaremos que el Derecho Material o Sustancial, es la energía potencial; el Derecho Procesal es el medio con que esta energía puede concretamente ponerse en acción. El Derecho Penal Sustantivo requiere indispensablemente del Derecho de Procedimientos Penales para hacer posibles sus fines.

En sí el Procesal Penal, está constituido por normas procedimentales vigentes cuyo propósito es de hacer efectivo el objetivo, accesorio, autónomo y efectivo, la aplicación de las penas.

## 2.- LA FUNCION DE LAS NORMAS PENALES.

Podría decirse que el Código Penal es el catálogo en el que se reúnen los fracasos de una sociedad, aquello que ésta no ha podido resolver de otra forma. Sin embargo, el Código Penal no puede ser la enciclopedia del fracaso social, albergando todo tipo de comportamiento que la propia sociedad no ha podido resolver por otros medios. El Código Penal reúne el catálogo de conductas humanas que en un momento determinado, ponen en peligro los bienes individuales y colectivos más preciados, es ahí, en donde con forma de norma previene, motiva y finalmente, amenaza a posibles infractores con una pena. Pero tampoco puede abarcarlo todo, prevenir, motivar, amenazar y penar conductas que no son de extrema gravedad, lo haría fracasar rotundamente en su cometido.

El sistema penal no puede ser un cajón en donde se albergue todo tipo de herramientas, muchas de ellas inútiles, respecto a la función de mayor importancia que el derecho penal debe cumplir en la sociedad, y que sin duda son los bienes jurídicos de los más intolerables ataques y solucionar el conflicto causado por un delito. Pero tampoco, la utilidad puede conseguirse a cualquier costo, sino de la forma menos grave para los intereses de los ciudadanos.

Es así, que por más que el sistema penal deba encargarse de los fracasos sociales, se le debe reclamar eficacia sin que mermen las elementales garantías individuales, aquéllas que en líneas generales se encuentran contenidas en la Constitución.

No hace mucho tiempo, en el continente Americano, distintos sistemas penales, haciendo un mal uso del monopolio de la fuerza, se encargaron de perseguir y en ocasiones condenar a muerte, a los libres pensadores, disidentes, enemigos políticos o aquellos que defendían la libertad de opinión, puesto que el sistema lo entendía necesario para su subsistencia. A esta solución recurren muchos sistemas penales como el nuestro, que demuestran su impotencia a través del aumento de las penas, creación de delitos innecesarios o regímenes de tolerancia

zero. Si bien su política criminal se reduce al simbolismo, la represión y el fracaso, su finalidad es la de ejercer un fuerte control social.

Dentro de este panorama, el derecho penal no ha podido renunciar a la pena privativa de libertad como pena principal, a pesar que la misma no se cumple con los designios de resocialización que exigen las distintas constituciones.

En vista de este panorama político criminal, el legislador ha venido intentando tranquilizar la situación a través de sustitutos de la pena privativa de la libertad. Primero, recurriendo a la pena de multa, luego por medio de sanciones alternativas, algunas de ellas implicadas en determinadas figuras relacionadas con la ejecución de la pena.

Como se puede observar al derecho penal se le ha asignado la misión de: a) proteger bienes jurídicos; b) motivar conductas; c) prevenir en forma general y reafirmar la norma.

Partiendo al respeto a estas funciones, debería adoptarse sin mayores problemas, la reparación como uno de los fines de las penas. Si de encontrar un punto de partida se trata, podríamos hacerlo desde la premisa que la pena no puede servir solamente para infligir un castigo sin ulterior finalidad que el sufrimiento del autor como forma de responsabilizarlo por el daño causado. “Hobbes, Spinoza y Locke, demuestran que el fin de la pena no puede ser otra que el de la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de los individuos proclives a la mala conducta, arrumbando el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino”.<sup>66</sup>

Por designio de la Constitución la pena debe servir a la resocialización del individuo, aunque la doctrina sea conteste en señalar que el modelo tradicional de privación de libertad ha fracasado absolutamente.

La pena, desde el punto de vista preventivo general positivo o integrador, debe servir a los efectos de la reafirmación de la norma que ha sido vulnerada por el

---

<sup>66</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit., pág. 13.

delito, pero no debe descuidar el mensaje preventivo general, el cual se puede cumplir en forma debida sin necesidad de penas desmesuradas o desproporcionadas. Para que la población confíe en un sistema normativo y de justicia, basta que con los ataques más intolerables sean perseguidos y juzgados, sin que haga falta penas ejemplares. Es más dichas penas causan el efecto contrario y producen solidaridad con el delincuente, quien en lugar de asumir su responsabilidad, se siente víctima de un sistema injusto. La pena debe cumplir con una función retributiva y con una función preventiva, pero también, la pena debe cumplir una función reparadora, ya sea para con la víctima directa del delito o para con la sociedad en general. “La maestra Mendoza brilla especialmente al desentrañar la sustancia y señalar que la sensación en el derecho penal es la pena, perfectamente diferenciable de otras sanciones porque procura en forma directa e inmediata que el autor no cometa nuevos delitos. Las otras sanciones jurídicas (mercantiles, civiles, administrativas) tienen una finalidad principalmente resarcitoria o reparadora, y concluye que según Zaffaroni, el fin de la pena es la retribución y la finalidad de la ejecución es la resocialización.”<sup>67</sup>

Mediante la pena el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él elegido sigue vigente. Ahora bien, de lo que es la pena no pueden surgir fines, sino sólo funciones, que vienen a ser a su vez la fuente de su legitimación. Así en otras épocas, del Estado absoluto, la auto constatación cumplía la función de justicia divina en la tierra, en cuanto el soberano era el representante de Dios, esa era su legitimación y su fuente de origen.

Pero en un Estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social, que en el campo penal, implica la protección de bienes jurídicos que ha fijado, en definitiva de las relaciones sociales concretas que ha determinado. El Estado democrático se auto constata en su propio sistema, luego

---

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tomo I, Primera Edición, México, 2003, pág. 450.

el conjunto de bienes jurídicos que la integran es la fuente de legitimación. En un Estado democrático implica necesariamente la participación de todos en los bienes jurídicos y por tanto su discusión constante en su revisión, con lo cual se pone en revisión la legitimación y las fuentes de su generación. El principio de lo que es la pena no se convierte así en un principio absoluto, carente de utilidad social, sino todo lo contrario, en posibilidad de una constante profundización democrática del sistema, en el que entonces el individuo, con su capacidad de participar en las relaciones sociales, adquiere el rol más importante y básico del sistema.

Para finalizar este tema, es necesario señalar que uno de los problemas más difíciles que puede enfrentar el derecho penal, concretamente en su rama de derecho penitenciario y por ende no cumplir la pena con sus funciones, es el de las penas alternativas de prisión y su posibilidad aplicación, aunado a esto, puede afirmarse que los establecimientos penitenciarios del país se encuentran ampliamente rebasados en su capacidad poblacional.

Se puede calcular, como una cifra razonable, basada en las estadísticas de las instituciones penitenciarias, en un treinta por ciento y lógicamente ello impide, que funcione adecuadamente la readaptación social del delincuente el trabajo, la capacidad para el mismo y la educación.

Como ejemplo podemos señalar el experimento realizado por los sociólogos alemanes, a través del cual se puede explicar lo que ocurre en las cárceles cuando existe sobre población. Construyeron un laberinto con una capacidad máxima para cincuenta ratas, cuando entraron las primeras quince ratas, la vida laberimal transcurrió tranquilamente, cuando se introdujeron quince más se notó la inquietud entre los animales y finalmente, cuando se llegó al número de cincuenta y cinco se mataban unas a otras. Como se dijo anteriormente este ejemplo sirve para explicar que la excesiva aglomeración, en espacios sin capacidad para ello, provoca grandes problemas de convivencia, lo que ha impedido que se cumpla con una de las funciones básicas de la pena, como lo es la readaptación del individuo a la sociedad.

## 2.1.- LA FUNCION MOTIVADORA.

La función de motivación, en este aspecto se destaca que el Derecho Penal, no sólo representa castigo, sin duda, antes que eso es una invitación a los ciudadanos a no ofender los bienes jurídicos fundamentales.

De este modo las normas penales desarrollan una función motivadora que está unida a la función de tutela de bienes jurídicos, al constituir el medio para alcanzarla y hacer efectiva, por ende, la tutela del sistema social. Mediante dichas normas se pretende incidir sobre los miembros de la comunidad para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados. La función de la motivación que cumple la norma penal es primeramente social, general, es decir, incide en la comunidad, pero en última fase es individual.

Así refiere el maestro Francisco, Muñoz Conde:

“El Derecho Penal no es sólo un instrumento de protección de bienes jurídicos (también el servicio de bomberos o la Cruz Rojas lo son), sino un instrumento de motivación del comportamiento humano en sociedad. Para conseguir la protección de los bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formado parte de un complejo proceso llamado motivación”.<sup>68</sup>

La función de la norma penal es precisamente uno de los puntos esenciales para el estudio de cuestiones dogmáticas y político criminales. La función de un orden social, afirma el destacado Maestro Kelsen, “es regular la conducta mutua entre

---

<sup>68</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Editorial Bosch S.A., Tercera Edición, Barcelona, 1975, pág. 68.

individuos, inducirlos a comportarse de un modo determinado, o actuar o abstenerse de actuar”.<sup>69</sup>

Las normas penales desarrollan una función motivadora que está unida a la función de protección de los bienes jurídicos, son funciones inseparables y complementariamente recíprocas de la norma penal. Motivar a los destinatarios de la norma penal implica incidir en su comportamiento para que se abstenga de lesionar o poner en peligro un bien jurídico. En concerniente a lo antes señalado, puede considerarse a las normas penales como normas de determinación. Esta consideración se acomoda a la naturaleza del Derecho Penal como instrumento de control y dirección social y es coherente con las exigencias preventivas que en el campo impone el Estado Social y Democrático de Derecho. En este aspecto el maestro Paolino Navarrete señala: “la determinación de la voluntad subjetiva a actuar de una forma u otra, sobre la base del reconocimiento de la necesidad de salvaguarda de los objetos portadores del valor, asume una esencial naturaleza jurídico normativa: no han de asumir los presupuestos éticos e ideológicos y las aspiraciones o creencias personales del sujeto, en cuanto tales, en las categorías conceptuales dignas de reconocimiento y tutela por el legislador penal.”<sup>70</sup>

En este sentido es necesario destacar que el proceso de actuación de la norma penal consiste en pretender mediante la amenaza de aplicar una pena que el destinatario de la norma asimile las directrices de comportamiento emanadas de la misma, en las que van implícitos bienes jurídicos tutelados, y por esa razón, se abstenga de lesionar o poner en peligro dichos bienes. En segundo lugar, el Derecho Penal tiene la función de proteger bienes jurídicos y ésta se cumple precisamente porque la norma tiene carácter coactivo, lo que se vislumbra como consecuencia jurídica que recae sobre quien viola dicha norma.

Como principal acto coactivo de la autoridad estatal aparece la pena que como elemento integrante de la norma penal, influye en el proceso de motivación. Así, la

---

<sup>69</sup> GARCIA RIVAS, Nicolas. El Poder Punitivo en el Estado Democrático, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Segunda Edición, España, 1996, pág. 26.

<sup>70</sup> PAOLINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., pág. 99-100.

función de motivación de la norma penal es general en primer lugar, pero su eficacia radica en la fase individual cuando un sujeto después de haber cometido un delito, introyecta un patrón de comportamiento, con el cual se logra evitar la REINCIDENCIA.

La función de motivación general y especial están íntimamente relacionadas y en la mayoría de las ocasiones coinciden, sobre todo cuando las normas rigen en una sociedad democrática y en su elaboración participan ampliamente los miembros que componen esa sociedad, o cuando el contenido de sus prohibiciones se refieren a bienes jurídicos de gran valor para la convivencia que forman el patrimonio existencial de los individuos, vida, salud, libertad etc., pero otras veces, y se puede decir que desgraciadamente ocurre esto las más de las veces, la motivación general y la individual no coinciden en absoluto o falta en algunas personas la motivación individual conforme a las normas. Esto ocurre precisamente cuando la sociedad está estructurada de un modo poco democrático o cuando los bienes que pretende proteger no tienen un valor fundamental para la convivencia. La consecuencia de esta antidemocrática perversión del concepto de bien jurídico es la incomunicación, la protesta y finalmente, la conducta desviada y el delito.

Finalmente la función de la motivación se desprende del tipo penal, pues es en éste en el que se contemplan los elementos que fundamentan el contenido material del injusto. A partir de esta categoría sistemática se puede saber cuáles son los comportamientos prohibidos o mandatos. Al proceso de motivación pertenece la evitabilidad y previsibilidad de un resultado, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de determinar la materia de la prohibición; el legislador solo puede prohibir o tipificar las formas de conductas dolosas o culposas, lo que no puede hacer es evitar a ciencia cierta la realización de un resultado típico. La motivación hacia un determinado comportamiento no se efectúa de modo aislado, sino en el marco de una serie de valores; por ello, en los supuestos en que el bien jurídico no está interiorizado, la abstención de delinquir es consecuencia de la amenaza de una pena.

## **2.2.- LA FUNCION DE PROTECCION.**

La función de protección, sin duda alguna lo es para el Derecho Penal la protección de bienes jurídicos, mismos que son necesarios para la autorrealización humana que necesita de presupuestos existenciales, que en tanto son de utilidad para el hombre en sociedad, se denominan bienes, y en tanto sean objeto de protección por parte del Derecho, se les denominara bienes jurídicos.

El bien jurídico no es un nombre, ni un simple fin formal de la ley, sino un fenómeno real de la vida socio jurídica. Si se le confunde con algo intrascendente, se actúa en un plano de extremo jurídico que no pone barreras a la actividad legislativa porque se trata de un concepto que la misma ley crea y no algo que la trascienda y de alguna manera preexista y predetermine.

En concreto los bienes jurídicos, son de vital importancia para el hombre en comunidad, que por su significado social debe ser protegido jurídicamente, es esta la misión del Derecho Penal, la protección de los valores de acción ético-sociales elementales para la convivencia social, para lo cual dicha protección la realiza de la siguiente manera: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera, detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales cuya vigencia se asegura con imponer una pena en el caso de ser lesionado el bien jurídico.

De esta forma vemos que los bienes jurídicos pueden ser individuales y colectivos, la importancia de esta división permite materializar en la Ley penal en caminos apartados entre delitos contra la vida y la integridad corporal, contra el honor, que se refieren a los bienes jurídicos individuales y delitos contra la nación, contra la administración de justicia que se refieren a bienes jurídicos colectivos.

En este orden de ideas serán bienes jurídicos individuales, aquellos que afectan directamente a la persona individual, como lo son por ejemplo: la vida, la salud

etc., u otros que permiten conservar la vida y aliviar al sufrimiento, como pueden ser los medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda etc., y en si otros medios que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo, como son: el honor, la libertad etc.

Por otra parte los bienes jurídicos colectivos son aquellos que tienen que ver con la sociedad en general, como son: la salud pública, medio ambiente, seguridad colectiva, organización política etc., así como los que tienen relación con el sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y que suponen un cierto orden social o estatal.

Es importante señalar que el concepto de protección de bienes jurídicos es un concepto relativo, puesto que en realidad no protege, sino que, intenta proteger, para que en el caso de que se ofendan bienes jurídicos, se debe castigar a quien lo hizo.

En efecto, en realidad, el Estado no ha sido capaz de proteger los bienes jurídicos, lo que hasta ahora ha logrado es investigar y sancionar después de haberse ofendido bienes jurídicos; es decir, el Estado jamás ha podido poner una barrera que impida, por ejemplo que el sujeto prive de la vida a otra persona o evitar que el sujeto prive de la libertad a otro individuo; por tanto el Derecho Penal, es un medio de control social, pero no de protección de bienes jurídicos, en algunos casos el Derecho, al igual que los órganos de procurar y de administrar justicia, muchas veces llegan tarde en el momento de estarse perpetrando un delito, y en algunas ocasiones ni siquiera llegan.

Pero en fin haciendo a un lado la anterior idea, se dice que la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas, es que en esta materia radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir su misión, y en que sólo interviene o debería intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica de la comunidad. La norma jurídico penal, no tiene una función de mero control social

sobre conductas desviadas, o de pura dominación o represión, sino que cumple o intenta cumplir la función de protección de bienes jurídicos importantes, esto es, de las condiciones indispensables de la convivencia social frente a ataques graves y a través de ello, de la protección de la sociedad mediante la prevención de delitos. El fin del derecho penal, es la protección de los bienes jurídicos y su intervención se justifica cuando fracasan los medios protectores que deparan otras ramas del ordenamiento jurídico.

“Pero ¿Qué es lo que protege o pretende proteger la norma penal? A esta pregunta responden de modo unánime los penalistas: la norma penal, el Derecho Penal, protege los bienes jurídicos.”<sup>71</sup>

### **2.3.- LA FUNCION DE CONTROL SOCIAL.**

Es innegable que el hombre es un ser social y político por naturaleza, lo cual explica su agrupación y convivencia con otros seres humanos, ya sea por perseguir los mismos intereses u objetivos o bien por buscar una simple convivencia, de tal forma es inconcebible pensar que el hombre pueda vivir de forma aislada. Sin embargo, a lo largo de la historia humana su convivencia no se ha caracterizado por pacífica, ya que como el Maestro Muñoz Conde señala, prevalece el llamado “principio de placer”.<sup>72</sup>

En que todo individuo busca satisfacer su necesidad por encima de los intereses de los demás miembros, lo que provoca no sólo la división de dichos grupos en dominantes y dominados, sino una serie de conflictos que muchas veces han

---

<sup>71</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Editorial Bosch S.A., Tercera Edición, Barcelona, 1975, pág. 48.

<sup>72</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social, Editorial Temis, Segunda Edición, Colombia, 1999, pág. 10.

culminado en movimientos revolucionarios a lo largo de la historia, definiendo así la estructura del poder en turno.

Por lo tanto la estructura del poder no sólo representa al grupo dominante, sino a la única fuerza capaz de dirimir los conflictos que surgen entre los miembros de la sociedad, haciéndose presente la necesidad de una autoridad; la cual vale por las necesidades de los individuos, que encabeza una serie de formas y métodos de control social que busca no sólo la permanencia de la sociedad, sino su permanencia en el poder.

El control social ha sido definido por diversos autores, como por ejemplo por el Maestro Muñoz Conde, al que determina que “el control social es una condición básica de la vida social, pues a través de él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas en caso de confrontación o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento”.<sup>73</sup>

En conclusión, podemos determinar que el control social, es el conjunto de medios a través de los cuales, una sociedad garantiza que la conducta de cada uno de sus miembros sea congruente con los parámetros de conducta previamente establecidos en ellos; de igual forma se refiere a la capacidad de respuesta de la sociedad ante el incumplimiento de dichos parámetros.

Como se puede apreciar de la definición antes transcrita, son dos los parámetros que predominan en ella, por un lado se refiere a la aceptación de las conductas o comportamientos negativos previamente establecidos, que pueden ser simples parámetros de comportamiento que violentan normas sociales, o bien conductas consideradas como delitos que conforme al momento histórico en que se llevan a cabo, violan una norma jurídica. Por otro lado, encontramos la capacidad de respuesta de la sociedad o del Estado, ante la realización de conductas que afectan al orden social y jurídico respectivamente, por lo tanto estamos en

---

<sup>73</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., pág. 25.

presencia de dos tipos de control social: el control social de acción y el control social de reacción.

El control social de acción, se caracteriza por tener por finalidad la prevención de ciertas conductas a través de la internación y conformidad del individuo frente a un conjunto de valores sociales o pautas de comportamiento sobre las cuales descansa la sociedad.

Dicha inserción consiste, en que el individuo tome como suyos ciertos parámetros de conductas y escala de valores, lo que presupone la aceptación de determinado orden social, sujetando de manera tácita cada uno de los individuos respecto del comportamiento que se espera de él frente a los demás.

Autores como Juan Bustos, nos hablan de mecanismos de socialización como parte fundamental de la internación y conformidad a cierto sistema de valores. Entre estos mecanismos encontramos: “grupos privados que dominando los medios de comunicación van produciendo los valores de sistema, entre otras, en forma de noticias, literatura, cine y programas de televisión”.<sup>74</sup>

Predominando un sentido materialista y de globalización, que afecta notablemente la inserción de valores fundamentales en el hombre.

Es indispensable que dicha internación se haga por medio de los mecanismos adecuados, independientemente del hombre con que se les designe, ya que éstos tienen como función que el individuo distinga y deseche de su realidad social las conductas descritas como desviadas o negativas, y al mismo tiempo adopte las conductas que se esperan de él. Sin embargo, no debemos olvidar que estamos en presencia de una sociedad compuesta de individuos con propia voluntad y libertad de elección, lo cual puede originar las contradicciones al régimen social, toda vez que puede existir oposición a lo ya establecido.

Por ejemplo, estos mecanismos se van a encargar de que el individuo conozca que robar, matar o violar no son conductas aceptadas por la sociedad, ya que son

---

<sup>74</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan y HERNAN HORMAZABAL Malareé. Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Editorial Trota, Primera Edición, Madrid 1997, pág. 15.

comportamientos clasificados como negativos, pues evidentemente fracturan su orden social, aún si los individuos pueden o no aceptar dichas conductas como lesivas.

La importancia de este tipo de control social, es que sin éste las normas penales y por lo tanto el derecho penal de nada servirán, sin la existencia previa de otros mecanismos de motivación sobre el comportamiento humano. Desafortunadamente estos mecanismos no siempre cumplen con la finalidad establecida, debido a que en el momento en que se llegan a realizar las conductas ya descritas se activa el control social de reacción.

Por otra parte el control social de reacción, es aquél que responde a conductas desviadas o negativas preestablecidas, dentro de un orden social o jurídico; esta reacción puede establecerse a través de diversos mecanismos siempre y cuando dicha conducta sea considerada por la sociedad como lesiva. A diferencia del control social de acción éste no busca que el individuo acepte mentalmente un sistema de valores o conjunto de parámetros a seguir, sino combatir la consumación de conductas que no debieron realizarse.

Las formas de reacción con las que cuenta una sociedad pueden ser variadas, conforme a la conducta que intenta reprimir; tales conductas se pueden clasificar en tres grupos: la mediación para las conductas patológicas, criminalización para las conductas definidas como crimen y neutralización para aquellas consideradas conductas molestas. El control al que se hace referencia puede ser difuso o institucionalizado dependiendo de que éste tenga o no, como finalidad dicho control social.

El control difuso tiene como campo de acción la familia, los grupos religiosos, los medios de comunicación, el trabajo, la escuela y los grupos deportivos, como consecuencia estas mismas instituciones sociales son las encargadas de reprimir aquellas conductas que afecten los valores, y códigos de comportamientos no escritos establecidos en cada uno de dichos grupos, pues como ya hemos visto el individuo tiene la libertad de cumplir o no con el comportamiento que se demanda

de él, a sabiendas de las consecuencias que pueden originar dicha libertad de acción.

El control social difuso no tiene como finalidad el control social, ya que es un control indirecto por la propia naturaleza de las instituciones que lo realizan, por ello aunque este tipo de control puede tener algún efecto en los índices y formas de delincuencia, se trata de una acción inducida resultante de acciones con otra meta principal.

En este orden de ideas, tenemos que el control social institucionalizado punitivo cuyo titular es el Estado, el cual parte de un ordenamiento jurídico, en el que se establece cada una de las conductas que más gravemente atacan a la conducta humana. Luego entonces se está en presencia de un derecho escrito en donde la violación ya no es una norma social, sino una jurídica y cuyas reacciones revisten un carácter de mayor exactitud y fuerza coactiva, en donde ésta se ejerce a través de una estructura gubernamental que tiene como función primordial el control social mediante la punición.

Sin duda, la agresión cometida ha rebasado el orden social, el cual se ha mostrado históricamente por sí sólo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas más preciso y vigoroso. Nace así, la norma jurídica, que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social.

Dicho control social se ejerce a través de instituciones como la policía, el ministerio público, los tribunales, el Derecho Penal y su procedimiento, así como los centros de readaptación; los cuales forman parte del Sistema de Justicia Penal, que ejerce un control más específico llamado control penal. Dicho control tiene un predominio fundamentalmente escrito, el cual se presenta desde la creación de la norma hasta la ejecución de la pena.

La importancia del control social de reacción institucionalizado punitivo descansa en que éste se activa o se hace necesario, cuando llega a realizarse una conducta

que viole un bien jurídico fundamental para la convivencia social y que no puede ser solucionado mediante el control social de reacción difuso, ya que requiere de una mayor obligatoriedad, a fin de reprimir futuras conductas lesivas para la sociedad en donde el elemento fundamental es lo coactivo de la norma jurídica, por lo que es a través del Estado que se construye lo que conocemos como Derecho Penal.

El Derecho Penal como control social de reacción Institucionalizado no tendría la fuerza coactiva que lo caracteriza, si no fuera por el control social de acción, ya que todas las personas saben que el robar o matar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primeramente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídica penal. De igual forma dichas instancias motivadoras pertenecientes al control social de acción tampoco podrían existir, si no fueran confirmadas por el Derecho Penal y el general por el Sistema Jurídico Penal.

Ahora bien, el contenido de la función de la motivación se adapta plenamente a la consideración del Derecho Penal, como medio para realizar el control social y como medio para incidir en la evolución del sistema social, ya que es evidente que todos los instrumentos de control social, por su propia naturaleza, conllevan una pretensión de incidencia sobre los comportamientos de los miembros de la comunidad donde actúan.

El Maestro "Claus Roxin con claridad señala que su concepción es la siguiente: el fin de la pena es exclusivamente la prevención y ciertamente tanto la prevención general como la especial. Al respecto la prevención general hay que entenderla no en primer lugar como prevención intimidatoria negativa, sino como prevención integradora positiva. Esto significa la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos, sino que se debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad esta salvaguardada".<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del Delito, Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista, Editorial Porrúa, Décimo Sexta Edición, México, 2007, pág. 175.

## 2.4.- POLITICA CRIMINAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

La política criminal ocupa un puesto principal entre las disciplinas criminalísticas. Es la matriz, la primera fuente del Derecho Penal, en cuanto presenta un derecho nuevo y además reforma el ya existente. Todo ramo del derecho, tanto privado como público, nace de un tronco que lo engendra, lo alimenta y lo renueva: la política.

“La política criminal es la ciencia del derecho criminal político, o sea, del derecho criminal que debe constituirse; en una palabra, es la ciencia de la legislación criminal; la jurisprudencia criminal indica la ciencia del derecho criminal ya constituido, y comprende, por tanto, las reglas por cuyo medio deben interpretarse las leyes, según la equidad natural y los principios de la crítica, para aplicarlas a los casos delictuosos que se presenten”.<sup>76</sup>

Teniendo en cuenta que el fin del derecho criminal es la lucha contra el delito, podemos decir que la política criminal, es la ciencia o práctica de los medios de que se sirve el Estado para prevenir y reprimir los delitos. El concepto de delito, a que la política se refiere, es más amplio que el ordinario; es decir, comprende no sólo los hechos que son delitos objetiva y subjetivamente, sino también los hechos que son delitos objetivamente nada más, que son cometidos por personas no imputables, o subjetivamente tan solo delito putativo y delito imposible, a los que se aplican medidas de seguridad.

Una vez establecido que es y que se persigue con la política criminal, es importante para el presente trabajo, señalar algunas consideraciones en torno a la actualidad de nuestro país en materia de prevención y combate al delito, en el seno mismo de la realidad criminal que nos circunda y de los textos constitucionales que le dan sustento y concepto.

---

<sup>76</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Volumen I, Editorial Temis, Reimpresión de la Segunda Edición, Bogota-Colombia, 1989, pág. 66.

Para quienes de alguna forma, hemos tenido el privilegio de trabajar en la Procuración e Impartición de Justicia y algunos otros en Seguridad Pública, nos queda claro, que la delincuencia en lo que va de este siglo ha incrementado su capacidad lesiva y que ahora resulta más “inteligente” y sofisticada; que las instituciones y órganos encargados de combatirla y prevenirla, se han rezagado en cuanto capacidad de respuesta, por deficiencias en sus estructuras y sus atribuciones y que el marco legal que rige la materia, por decirlo así se ha visto rebasado en perjuicio de la sociedad, pues si bien los instrumentos de defensa y promoción de los Derechos Humanos, que en tratándose de justicia penal miran al delincuente, se han modernizado y gozan de un protagonismo muy eficaz, las normas de representación social permanecen rezagadas, según los modos y usos del Código Penal de 1931, lo que provocó ineficiencia e impotencias de la autoridad ante el delito organizado, sí, pero también frente al delito convencional u ocasional.

Ahora bien, es importante advertir que el día 17 de septiembre de 1999, se derogaron, reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Penal Federal, al derogar se pretendió desfederalizar el ordenamiento, al reformar sin embargo, hubo algunas penalidades que cambiaron, lo que significó un primero paso en la independencia de las normas penales para el Distrito Federal. De los cambios más importantes a destacar son los siguientes:

En cuanto al delito de Fraude, si bien dicho tipo penal siguió conservando la misma numeración tanto en el Código Penal para el fuero común y en el Código Federal (artículo 386) las penas a imponer si variaron, ya que las penas privativas de la libertad previstas en la Ley Sustantiva para el Distrito Federal fueron menores que las previstas para la Ley General Federal. El Código local estuvo vigente hasta el mes de noviembre del 2002, cuando finalmente la Asamblea Legislativa llevó a cabo una verdadera labor y emitió el Nuevo Código para el Distrito Federal, teniendo como antecedente su aprobación por unanimidad de votos en la sesión de pleno verificada el 30 de abril del mismo año. Tras la mencionada aprobación, el Nuevo Código, entró en vigor el 13 de noviembre del

2002, presentado innovaciones tales como la inclusión del Título preliminar “De los Principios y Garantías Penales”, una estructuración diversa de la que se adoptó en el Código Federal, la variación en la duración de las penas, cambios en los límites de las penas de prisión impuestas para la sustitución de penas y para la suspensión condicional en la ejecución de la pena, así como la eliminación de la pena de prisión para robos menores. Así las penas que se disminuyeron y son las que se destacan para nuestro tema fueron las impuestas para el delito de fraude, con esto se volvió a retomar los criterios selectivos en cuanto a la clase social a la que se le aplica la pena privativa de libertad, esto lo podemos ejemplificar de la siguiente manera:

CODIGO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL OCTUBRE DE 1999.

ARTICULO 386.

Fracción I. Con prisión **de tres meses a tres años** o multa de 100 a 300 días multa cuando el valor de los defraudado no exceda de 500 veces el salario mínimo.

Fracción II.- Con prisión de **tres a cinco años** y multa de 300 a 1000 días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de 500 pero no de 5000 veces el salario mínimo.

Fracción III.- Con prisión de **cinco a doce años** y multa de 1000 a 3000 días multa si el valor de lo defraudado fuere mayor de 5000 veces el salario mínimo.

CODIGO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL NOVIEMBRE DE 2002.

ARTICULO 230.

Fracción I. **De 25 a 75 días multa** cuando el valor de lo defraudado no exceda de 50 veces el salario mínimo o no sea posible determinar su valor.

Fracción II.- Prisión de **4 meses a 2 años 6 meses** y de 75 a 200 días multa cuando el valor de lo defraudado exceda de 50 pero no de 500 veces el salario mínimo.

Fracción III.- Prisión de **2 años 6 meses a 5 años** y de 200 a 500 días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de 500 pero no de 5000 veces el salario mínimo.

Fracción IV.- Prisión de **5 a 11 años** y de 500 a 800 días multa cuando el valor de lo defraudado de exceda de 5000 veces salario mínimo.

Como se puede observar las penas privativas de libertad para este delito patrimonial bajaron en el Nuevo Código Penal, con lo cual se vuelve a ver la preferencia para una pequeña parte de la población que es la económicamente más fuerte. “1. Con frecuencia se ha afirmado que entre la dogmática penal y la política criminal no ha existido una vinculación estrecha, sino que cada una se ha desarrollado sin mayor consideración de la otra, destacándose sobre todo que la dogmática penal se ha mantenido ajena a la realidad”.<sup>77</sup>

Esta tendencia se ve también reflejada en otro delito patrimonial como lo es el Robo, en este caso una de las principales innovaciones fue la eliminación del tercer párrafo del artículo 371 del Código Penal antes de la reforma, el cual decía:

“...Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa...”.

Además de eliminar este párrafo a todas luces dirigido a las clases sociales socioeconómicamente bajas, las penas para el delito de robo fueron en general disminuidas.

Finalmente las iniciativas de los especialistas en política criminal habían sido escuchadas y se daba paso a un ordenamiento penal más equitativo, donde el patrimonio fuera privilegiado por la tutela penal, pero no más que la vida. La

---

<sup>77</sup> ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Libro en Homenaje a Claus Roxin, La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Tomo I, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, México, 2003, pág. 345.

eliminación del tercer párrafo del artículo 371 del Código anterior, junto con las nuevas medidas relativas a la suspensión condicional de la pena y sustitución de la pena de prisión originaría la liberación de internos en los Centros de Reclusión del Distrito Federal.

Estos cambios en los límites de las penas impuestas redundarían finalmente en menos prisión, lamentablemente, en una sociedad influida como la nuestra por medios de comunicación amarillistas, que siempre piden penas mayores para los delincuentes y sumida en un ambiente político protagónico y sin propuestas, el resultado fue negativo, es decir, no hubo aceptación, por lo menos en el ámbito político, para este tipo de medidas, lo anterior aunado a que se atravesó por una época de declaraciones que cesó hasta que se lograron las reformas que subsanarían estos “errores” como se explicara en este apartado.

La política criminal adoptada en noviembre del 2002, en la cual podía apreciarse un giro de control social punitivo respecto a la pena de prisión al delito de robo en menor escala, el cual es cometido en su mayoría por la clase social económicamente baja, o media baja, fue usada, en forma desmedida en las campañas políticas con un objetivo, como un “error” a corregir. En consecuencia, como promesa de campaña estuvo el endurecimiento de penas, específicamente en el delito de robo.

Casi inmediatamente después del inicio de la vigencia del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y más concretamente, al inicio del 2003, cuando era imprescindible el sensacionalismo proselitista, en el cual el argumento que se utilizaba era muy simple, mientras más presos mejor, así que se le decía a la población que el Nuevo Código Penal era una ley mala porque había menos personas privadas de su libertad, ya que si hubiese más presos sería una buena ley, por lo tanto era necesario quitarle el “error” del cual adolecía. Pero es claro que el verdadero “error” era otro y se encontraba y se encuentra a la fecha en el hecho de que la mayoría de la gente que comete un delito estén en la misma situación, es decir, de pobreza, esto aunado al hecho a que la fuerza pública y el supuesto talento de los políticos judiciales transformen a los pobres en los chivos

expiatorios de su gran ineptitud como autoridades. Es obvio que olvidan uno de los objetivos primordiales del Derecho Penal, que sin duda son la comisión de delitos, las autoridades locales a través de sus declaraciones dan la idea aparente de que lo que se persigue es que exista mayor gente en prisión, en un Estado que se dice democrático, se pretende que la opresión se realice y se publique, que el poder se detente y se haga llegar el mensaje a todas las clases oprimidas, se manifiesta la idea de una mayor población penitenciaria como un logro a alcanzar.

Finalmente, el objetivo que se perseguía con la lluvia de declaraciones en contra del Nuevo Código Penal, se logró, y el 15 de mayo del 2003, después de seis meses de vigencia de lo que se pensó era una nueva Política Criminal, se volvieron hacer cambios al Código Penal, endureciendo las penas privativas de libertad en los delitos patrimoniales, pero solo en cuanto al robo, obvio sin tocar al delito de fraude.

Es claro que el resultado que se esperaba, lógicamente era el encarcelamiento de sujetos que hubiesen realizado el delito de robo aún cuando este fuera de un valor menor de 20 veces el salario mínimo, y se pretendió el mencionado sensacionalismo cuando los medios de publicación dieron a conocer a la población que las modificaciones penales hechas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, consistieron en aumentar las penas privativas de libertad en los delitos patrimoniales concretamente el delito de robo, pero se insiste no en el delito de fraude, este aumento hizo que ahora todos aquellos robos en los que concurra al menos una agravante, sus autores no podrán gozar de el beneficio de la libertad provisional bajo caución y tendrán que enfrentar su juicio encarcelados.

Todas las declaraciones en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, atacaron el hecho de que la pena de prisión se hubiera eliminado o disminuido en algunos reglones para el delito de robo, sin embargo, las mismas autoridades que consideraban esto como un error y propiciaron el retorno de la agravación de la pena en el delito de robo, jamás mencionaron si con dichas medidas los delitos de robo habían aumentado o disminuido durante la vigencia de dichas penalidades, pero es del conocimiento de todos, que alto nivel de conductas criminales

encaminadas a los delitos patrimoniales no ha bajado, es más aumento en gran medida en los últimos años.

La reforma más importante del 15 de mayo del 2003, fue el haber derogado la fracción I del artículo 220, la cual permitía que por un robo de menos de 20 veces el salario, se aplicara al delincuente sólo pena pecuniaria y no la prisión. Al ser derogada, queda vigente la fracción II del mismo artículo la cual especifica una pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa para cualquier robo que no exceda las 300 veces el salario. En este contexto, podría decirse que los destinatarios de esta reforma fueron aquellos que cometían el delito en contra de transeúnte, a transporte y a negocio. Si con la reforma del 15 de mayo se pretendía encarcelar a más individuos, el objetivo sí se logró ampliamente y quizá pueda mostrarse como logro del Gobierno del Distrito Federal. Ahora, si el objetivo disminuir el delito, esto no se dio ya en conjunto, pues como antes lo señalamos hubo incremento en el delito de robo y en cuanto al delito de fraude sigue en su mismo índice de realización.

Lamentablemente en esta década seguimos teniendo los mismos criterios retributivistas pero ahora con una variante importante, estos son usados como bandera política. Las reformas al Nuevo Código Penal del Distrito Federal, que proponían menos prisión para el delito de robo enfrentaron el problema suscitando por el inicio de una campaña política. Las declaraciones de las autoridades en turno fueron en el sentido de aumentar las penas, como respuesta al proceso lógico de una Política Criminal en el que predominaban los motivos proselitistas, es decir:

\*Promoción de hechos violentos a través de los medios de comunicación.

\*Publicitar que las penas establecidas no son suficientes.

\*Vender la idea a la población de que incrementando dichas penas, la inseguridad disminuirá, cuando la realidad es que no importa la cantidad de pena aplicada, sino su real aplicación, es decir, que los organismos encargados de la persecución del delito realmente cumplan su función.

\*Reacción de la población pidiendo para su mayor seguridad que el sistema penal sea endurecido.

\*Y finalmente otorgar su apoyo político (voto) a aquella persona que prometa tal endurecimiento.

Por otro lado, la sociedad general pide el endurecimiento de la pena, pensando siempre en el delincuente como el “otro” y en que todos los demás somos honestos incapaces de cometer un delito. Como se ha demostrado varias veces, la sociedad mexicana se ha manifestado incluso a favor de la pena de muerte, por ello nuestra sociedad sin duda alguna apoyará los movimientos necesarios, aún de índole política, para que las penas sean incrementadas. Ya que en las campañas políticas siempre llega el político salvador, quién dice saber cómo resolver el problema, él que sólo pide la oportunidad de ser electo para librar a la gente del miedo, su enojo, su angustia, poniendo a los delincuentes en la cárcel. El pretexto es puramente político, ya que como hemos visto no sirve reducir el crimen. La conclusión de todo esto no puede ser más evidente, pues es obvio que ésta sucediendo lo mismo en el Distrito Federal, pues recordemos que hace unos años el gobierno importó la política de la intolerancia empleada en la Ciudad de Nueva York para usarla también como fines electorales. “El fenómeno criminal y su Impacto Social. Es evidente, en éste inicio de siglo, que la criminalidad ocupa los más amplios espacios del pensar y del que hacer públicos y de las preocupaciones y de las demandas sociales más sentidas y reiteradas. Esta aseveración se ha repetido constantemente, hasta la saciedad. En ella no hay nada novedoso; tampoco hay nada de novedad en las formas y métodos para comprender y combatir a la criminalidad. Lo nuevo, realmente, lo encontramos en las manifestaciones, dimensiones, ámbitos y circunstancias de la criminalidad moderna”.<sup>78</sup>

Nuestro marco jurídico, se mejoro a partir de 1983, con una importante reforma penal, que introdujo beneficios palpables, entre los que destacó la

---

<sup>78</sup> GONZALEZ DE LA VEGA, René. Política Criminológica Mexicana, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2000, pág. 14.

institucionalización de la presunción de inocencia; la Política criminal mexicana, dio pasos firmes, en esa época, hacia su modernización y humanización, sin embargo, fue incapaz de enfrentar, a través de este medio legislativo a una delincuencia organizada, que prosperaba día a día.

Para fines de los ochenta y principios de los noventa, era demasiado tarde para la reacción social; sin embargo, se asumieron medidas para intentar combatir al crimen organizado, las que resultaron, poco efectivas, como los incrementos de la penalidad y la construcción de instituciones especializadas de combate al narcotráfico, si discutibles e incapaces de abatir la impunidad. Posteriormente, se intentaron arreglos pocos exitosos en materia de libertad provisional y se promovió una legislación desafortunada, por inaplicable, para intentar combatir la delincuencia.

A principios de siglo XXI, nuestro país se encuentra desprotegido desde el punto de vista de su Política Criminal, para contender no solo con la delincuencia organizada, sino también en tratándose de delitos patrimoniales como lo es el fraude, en donde las personas que cometen este tipo de delitos, se ven protegidas por nuestra legislación penal. Se levantan las voces de irritación del pueblo más desprotegido, quienes piden soluciones y castigo para la gente que los defrauda.

Nuestros problemas no están en el quantum de la pena, ni tampoco en el reforzamiento físico de nuestras fuerzas del orden público; nuestros problemas se reducen a la elevada tasa de impunidad en que vivimos, a una ausencia casi cabal de una cultura social de legalidad, que propicia desorden social y corrupción y a la falta de información e inteligencia policial y de una política nacional, firme y decidida de orden criminal.

La lucha contra todo tipo de delincuencia, no es un tema que pueda politizarse, ni dejarse al ruego de las filas y a las postulaciones partidistas; se pagarían costos enormes, al dejar que sean las sensaciones y ofertas políticas, las que decidan el rumbo y las formas para confrontar al crimen. Se trata de temas que exigen

conocimiento profundo para su operación. Sólo los especialistas más enterados, podrían aportar soluciones viables.

### **3.- LA PENA.**

Cuando en la justicia penal se concluye con la determinación y aplicación de una pena o medida, en rigor no se está retribuyendo a nadie, esto es, recompensando algo, pues no hallamos en ello el fin del derecho penal. La pena es simple y llanamente la consecuencia jurídica a la realización de un supuesto jurídico, cuya preexistencia normativa nos habla de un mandato en forma de prohibición o de mandato. La pena consiste en el mayor acto de molestia que el poder público de dominio impone a un particular, precisamente por haber realizado una conducta que lesiona un bien jurídico de suma importancia.

“Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad...Pero no bastaba formar ese depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuran todos no sólo quitar el depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en un caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> BECCARIA, Cesar. Tratado de los Delitos y de las Penas, Editorial Porrúa, Décimo Séptima Edición, México, 2008, pág. 31.

Si el delito es un mal social, debe haber una rama en las actividades del Estado que se ocupe de combatirlo; en ella se podría distinguir dos momentos: uno de prevención general, anterior a la comisión de todo delito, en que serán muy valiosos todos los conocimientos alcanzados por la Criminología sobre las raíces de la delincuencia, a fin de poner los medios adecuados para impedir o atenuar la acción de tales factores: higiene general, higiene mental, educación y organización social, si se ha de aludir a ellos en forma reiterada; y otro de represión, pues a consideración de cuanto se haga por la humanidad y sus condiciones de vida, que es innegable que será muy poco si tomamos en cuenta los recursos de que se puede disponer y la manera con que se enfocan estos problemas, seguirán presentándose aquella clase de actos antijurídicos, es por eso que contra tales actos como último recurso, no queda sino emplear las penas y medidas de seguridad, medios de los que no se puede prescindir mientras haya razón para esperar de ellos algún beneficio en el mantenimiento del orden y la educación social.

También se ha dicho que si se ha de combatir la delincuencia actuando sobre sus causas, es necesario clasificar éstas en tres grupos:

- 1).- La falta de formación de la conciencia y del carácter, por razón de la edad.
- 2).- La anormalidad de ciertos estados conocidos como especialmente peligrosos.
- 3).- La culpabilidad en los hombres normales.

En este orden de ideas, sin duda alguna, y siguiendo con nuestro estudio lo que se nos viene a la mente es señalar en qué consiste la pena, así el Maestro Ignacio Villalobos indica: "A esta última categoría, la de los seres normales cuya conducta se rige por motivos, es a la que se le puede aplicar la pena como un contra estímulo que sirva para disuadir del delito y que, cometido éste, trate de corregir al delincuente y vigorizar sus fuerzas inhibitorias para el porvenir. Por esto es la pena

un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico”.<sup>80</sup>

Ahora bien, una vez determinado el concepto, podemos decir que la pena es el quantum de la misma, es decir, cuánto tiempo pasar en prisión una persona que ha sido considerada penalmente responsable por la comisión de un delito, para tal decisión resultan básicos el sentido y fin de la pena y además los momentos en que los poderes del Estado, como son: Ejecutivo, Legislativo y Judicial se manifiestan, éstas líneas lógicamente se entrecruzan, de modo que su análisis hay que hacerlo de conjunto en cada una de las fases por las cuales transcurre la imposición de la pena.

Podemos afirmar que el momento principal de la determinación de la pena es aquél en que precisamente el Juzgador la determina, señala el porqué y para qué de la pena, pero de nada serviría que se establecieran garantías en relación a ese momento, si en los estadios anteriores no estuviese suficientemente garantizados y también el posterior de carácter administrativo, como lo es la ejecución de la pena. “Era necesario distinguir, al menos tres momentos diferentes en la reacción penal: el legislativo, al crearse la norma y la amenaza de sanción, a la que llamamos punibilidad, al judicial; y el momento ejecutivo, para el que dejamos el término pena”.<sup>81</sup>

Luego el problema de la determinación de la pena, surge con ella misma y termina con su extinción y generalmente más haya aún, pues se trata también de determinar los efectos posteriores de ella sobre el sujeto. Esta problemática fundamental para la determinación de la pena está íntimamente ligada a los criterios que se han utilizado al respecto.

Así encontramos el Criterio de culpabilidad, el cual sigue siendo un criterio básico para la determinación de la pena, claro está para su fundamento y límite, éste criterio implica excluir en la determinación de la pena consideraciones sobre la

---

<sup>80</sup> VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1983, pág. 522.

<sup>81</sup> RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Penología, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2009, pág. 87.

personalidad o el carácter del sujeto o bien basadas en una tipología de autor; aun cuando el Código Penal sigue afectado por tales elementos, que contradicen un sistema basado en la culpa como lo es el nuestro, como lo es el caso de la reincidencia. En si el criterio de la culpabilidad significa que la pena ha de determinarse conforme al hecho realizado.

Otro criterio es el preventivo general, en el cual todo proceso de pena y del delito en su conjunto lleva una nota preventivo general, se podría decir que es consustancial a la sanción misma como efecto, lo cual obliga a precisar ese aspecto característico de la sanción, pero al mismo tiempo ha de quedar en claro que sólo es un efecto característico, pero no hace a su esencia ni a su finalidad: la pena es la auto constatación del Estado (que es la protección del sistema) y su finalidad al imponerse, es buscar alternativas de dignificación del sujeto, de aumentar su capacidad de libertad, de ser actor social. Luego, tal efecto debe quedar siempre subordinado a lo que es una pena en un Estado Social y democrático de Derecho y a lo que éste persigue, la protección de bienes jurídicos y por ende su convivencia en sociedad. En definitiva, la prevención general surge de la pena misma como efecto, sólo puede partir de la creación del legislador, dada además la importancia que puede tener en el desarrollo del sujeto y la sociedad.

Asimismo también está el Criterio Preventivo Especial, en el cual se destaca que si bien no hay duda de que la pena persigue en su imposición aumentar la capacidad de libertad del sujeto, se da una relación con el contenido tradicional de la prevención especial, es decir, si se trata de presentarle al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad, sean “socializados” o no, la pena ha de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido adecuarse a las características particulares de cada sujeto.

En suma, el merecimiento de la pena, señala el quantum de la misma: el injusto determina el marco legal y el quantum dentro de ese marco, o bien las variaciones inferiores al marco, al sujeto responsable, conforme al principio de dignidad personal, no se puede imponer una pena indigna, sino que se han de buscar

alternativas a la pena y a su ejecución que se adecuen a la dignidad de la persona y además se puede establecer la posibilidad de prescindir del marco legal, en razón de la falta de capacidad de respuesta del sujeto, o bien modificar el quantum dentro del marco, o bien hacia abajo del marco. La necesidad de la pena actúa como correctivo tanto en relación al injusto como al sujeto responsable, y también puede implicar, llegando a un caso excepcional, prescindir de la pena. Luego ya que la pena la determina el merecimiento de la pena, la necesidad de la pena sólo puede actuar como correctivo hacia abajo.

En relación a lo antes establecido tenemos que los caracteres de la pena son los siguientes:

1).- Para que la pena se intimidatoria debe ser AFLICTIVA, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; debe ser LEGAL, ya que solo así, conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; debe ser CIERTA, pues la sola esperanza de eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de investigar y sancionar los delitos, por indultos ridículos, deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.

2).- Para que sea ejemplar, debe ser PUBLICA; no con la publicidad de un espectáculo morboso que nos lleve a excesos, sino en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciudadanos la realidad del sistema penal.

3).- Para ser correctiva, en forma pacífica, debe disponer de medios CURATIVOS para los presos que lo requieran, EDUCATIVOS para todos y aún de ADAPTACION al medio cuando en ello puede estribar la prevención de futuras infracciones, comprendiéndose en los medios educativos los que sean conducentes a la formación moral, social, de orden, de trabajo y de solidaridad.

4).- Las penas eliminatorias se explican por sí mismas y pueden llegar a ser la de reclusión o la de muerte como sucede en otros países.

5).- Y para ser justas, todas las penas deben ser HUMANAS, de suerte que no descuiden el carácter del penado como persona; IGUALES, en cuanto habrán de

mirar sólo a la responsabilidad y no A CATEGORIAS DE CLASES DE PERSONAS, hoy desconocidas, pero procurando efectos equivalentes, ya que no hay igualdad, no se puede poner las mismas multas al que roba comida y al que defrauda millones de pesos. Deben ser SUFICIENTES, ni más ni menos de los necesario; REMISIBLES, para darlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llenado sus fines; REPARABLES, para hacer posibles una sustitución total en casos de error; PERSONALES o que solo se apliquen al sujeto responsable; VARIAS, para poder elegir entre ellas la más apropiada para cada caso; y ELASTICAS para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad.

Ahora bien, las penas pueden clasificarse de la siguiente manera:

1).- Por su forma de aplicación o sus relaciones entre sí, pueden ser:

Principales: Que son las que la Ley señala para el delito y el juez debe imponer en su sentencia.

Complementarias: Aquellas que, aunque señaladas también en la ley, su imposición puede tomarse como potestativa; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por esto, que por su naturaleza y fin sean consideradas secundarias.

Accesorias: Que son aquellas que, sin mandato expreso del Juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal, como la suspensión para el ejercicio de profesiones, la imposibilidad de ejercer cargos del albacea o de tutela.

2).- Por su fin puede ser:

Intimidatorias, que lo son todas las verdaderas penas, pero con exclusividad la multa y las prisiones de corta duración.

Correctivas, carácter que debe suponerse también en toda pena excepto en las que recurren a una eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de

las que mantienen al sujeto privado de su libertad, y por tanto dan oportunidad para someterlo a un régimen o “tratamiento adecuado”.

Eliminatorias, que lo son temporalmente o en forma parcial, como se ha dicho, todas las privativas o restrictivas de la libertad; y perpetuamente la muerte en donde las hay, las de prisión o relegación por todo el tiempo de la vida.

3).- Por el bien jurídico afectado, pueden ser:

Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como la prohibición de ir a determinado lugar, o bien privativas del mismo como la prisión.

Pecuniarias, que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.

Contra otros derechos, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aun cuando éstas pueden tomarse más bien como medidas de seguridad.

En cuanto a la medidas de seguridad, son aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener característica de pena, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que ha manifestado propenso a incurrir en ellos; así, tanto que la multa y la prisión son verdaderas penas, todas las demás que mencionan en los artículos 56 a 59 del Código Penal para el Distrito Federal, la suspensión tienen un propósito especial de reparación del daño y suspensión de derechos como ya lo señalamos con anterioridad.

Cuando se habla de la medida de seguridad, pueden presentarse en la práctica estos tres errores:

El primero consiste en confundir las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado que se refieren a toda la población del territorio y que en muchos casos tienen su propio fin, ajeno al Derecho Penal, aunque pueda redundar en la disminución de los delitos: como la educación pública, el alumbrado nocturno de las ciudades o la organización de la justicia y de la asistencia social; las medidas de seguridad, en

cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, la cual, por haber cometido una infracción anterior, hace suponer una particular temibilidad que requiere un apercibimiento, una caución de no ofender, una vigilancia especial, un tratamiento curativo si es alguna anormalidad la que hace al sujeto peligroso.

El segundo error lleva suponer que las medidas de seguridad se toman siempre y exclusivamente respecto de incapaces, como la reclusión de un enfermo mental en un sanatorio, sin que esto sea verdad. La medida de seguridad a diferencia de la pena que tiende a prevenir el delito desde antes de que se cometa, por medio de la intimidación, y que se aplica por la responsabilidad de un delincuente, mira sólo a la peligrosidad del sujeto; por esto es que habiendo en los irresponsables una característica exclusiva de peligro, a tales sujetos no se les puede aplicar sino medios asegurativos; pero como en los delincuentes normales se asocia la responsabilidad y la capacidad de ser influidos por la amenaza de castigo y dirigidos por los mandatos de la ley, con la temibilidad que el Estado puede tratar de neutralizar de inmediato por medios adecuados, nada impide que también para éstos se dicten medidas de seguridad, o bien alguna sanción, como la privativa de libertad, se use a la vez como pena y como medida de seguridad.

El tercero consiste afirmar que las medidas de seguridad son recursos modernos que se han alumbrado al descubrir, por así decirlo: los nuevos horizontes del Derecho Penal, podría repetirse que a los locos ya los mandaba al sanatorio el Derecho Romano; pero al menos conviene recordar que nuestro primer Código Penal, era de corte netamente clásico.

Ahora bien, es necesario señalar que “las sanciones, como categorías históricas, han acompañado al hombre en su largo peregrinar terrenal en busca de la perfección humana; han estado siempre relacionadas con los profundos sentimientos humanos del bien y del mal, del premio y del castigo. El milenio que termina fue testigo de la aparición de las penas corporales utilizadas como

estandarte punitivo religioso, con la finalidad de castigar la carne para que el espíritu entrara al cielo libre de todo proceso”.<sup>82</sup>

Por su parte el hombre a través de la dogmática, ha logrado gran efectividad en la profundización de los derechos fundamentales y las garantías de un Estado de derecho en el ámbito de la Teoría del Delito y la Teoría del Sujeto Responsable. Pero no ha logrado lo mismo en el campo de la Teoría de la Pena, en la cual se advierte todavía una gran controversia y vacilación de llevar a cabo efectivamente a la práctica una profundización de los derechos fundamentales y las garantías de un Estado de Derecho. Por otra parte sólo en los últimos tiempos ha habido una dedicación a los temas básicos de la Teoría de la Pena, como referente a la determinación de la pena y a las alternativas a penas determinadas, como lo es sin duda la pena privativa de libertad.

Pero en cambio no se ha tocado el sistema de penas o sanciones, que siguen exactamente igual como a principios del siglo XIX, por tanto, en un estadio de profundización de los derechos fundamentales y de las garantías de un Estado de derecho sumamente primario.

En consecuencia, no se ha asumido el debate sobre la pena privativa de libertad y la necesidad de buscar no sólo alternativas a la pena privativa de libertad, sino a la pena como tal. Tampoco se ha asumido todo el debate en relación al tratamiento y resocialización y su relación con la pena privativa de la libertad. A pesar de que lo único que se ha podido comprobar empíricamente, es que la pena privativa de la libertad destruye a la persona a través de los diferentes efectos que produce la prisión sobre ella, se insiste en ella y más aún se amplían sus efectos a través de los llamados establecimientos de máxima seguridad. Tampoco se ha asumido el debate sobre la pena de multa, que de alguna manera ataca al principio de igualdad, pues siendo una pena esencialmente pecuniaria y que se aplica sobre los patrimonios de los sujetos, tienen que tener en cuenta las grandes

---

<sup>82</sup> VELAZQUEZ OJEDA, Jorge. La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI, Congreso Internacional de Derecho Penal, Editorial Jus Poenale, Primera Edición, México, 2001, pág. 493.

desigualdades existentes al respecto, y por tanto, no se puede aplicar la misma pena sobre patrimonios personales diferentes.

En modo alguno se puede decir que hay un avance efectivo en los derechos fundamentales y en las garantías de un Estado de Derecho, si a pesar de que se pudiese avanzar en la Teoría del Delito y del sujeto responsable, no hay progreso alguno en el sistema de sanciones, pues éstas son las que en definitiva afectan a la persona y por tanto a la sociedad toda. La cultura de sistema de pena y en especial el de la cárcel es en definitiva todo el sistema penal, que surge del hecho de la imposición de la pena, aparece así como dominante, desconectada de la función simbólica del derecho penal, que surge de la constatación de qué es la pena. Con lo cual entonces la función simbólica, se convierte en puro encubrimiento de una realidad contraria a los derechos fundamentales y a las garantías de un Estado de Derecho.

Así, por ejemplo de nada sirve reconocer el principio de culpabilidad por el hecho a nivel de la Teoría del Delito y del sujeto responsable, si cuando se trata de la ejecución de la pena privativa de la libertad, nuevamente aparece desde el principio y como consustancial al sistema una clasificación de las personas según su peligrosidad, con ello es obvio que se borra sin detenimiento alguno, el principio de igualdad, del cual hablamos en el Capítulo I.

En efecto, el sistema de clasificación de las personas, es ajeno a las garantías de un Estado de Derecho, pues pretende que las personas se puedan clasificar del mismo modo que las plantas o porque no como lo hacen con los minerales, esto sin lugar a dudas implica una etiquetación de las personas y por tanto el desconocimiento de la dignidad que tiene todo ser humano. Por otra parte al llevar a cabo esta clasificación conforme a las características personales que se le asignan al sujeto, desvirtúa el principio de igualdad y en definitiva resalta el principio de culpabilidad por el hecho y de legalidad, ya que la pena no se ejecutará en razón del hecho cometido, sino por las características personales del autor. Es claro que un sistema así configurado es violatorio de la Constitución, y es muy poco y a la vez frustrante lo que se puede hacer entonces el personal

encargado de las prisiones. Otra cosa muy diferente sería la humanización del sistema penitenciario y las alternativas que se le pudieran dar al sancionado.

En el principio de legalidad, el cual de acuerdo a nuestra Constitución abarca tanto los delitos como las infracciones administrativas, las cuales muchas de ellas tienen un carácter penal, ya que implican una coacción por parte del Estado que afecta derechos fundamentales de las personas, ya que ciertamente los condenados no son parte del personal de las Instituciones Penitenciarias, aunque estén en una situación de sujeción especial, por las características de la pena privativa de la libertad, ello no significa que pierdan el carácter de persona y que se pueden trasgredir en perjuicio del sujeto todas las garantías de un Estado de Derecho, luego entonces, la sujeción especial se aplica sin base normativa alguna, ahí donde se quiere, y segundo se derivan de ella consecuencias que contradicen los principios y las garantías del Estado de Derecho.

Por otra parte en cuanto al principio de la necesidad de la pena y con ello el principio extrema ratio y de proporcionalidad, habría que señalar que cuando el injusto es muy mínimo o vago en el caso de la responsabilidad, y también cuando por otros criterios político-criminales aparece inconveniente la pena debe prescindirse de su aplicación. El principio de proporcionalidad, en primer lugar, en materia de penas presupone que éstas deben de estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado, esto es, no toda afectación a un bien jurídico ha de suponer una pena privativa de libertad, pues no habría proporción entre el bien jurídico afectado o la gravedad de su afectación y la significación de la pena para el sujeto, es decir, que es un derecho fundamental que la proporcionalidad de la pena sea equivalente con la gravedad del delito, pues un Código Penal que sea contradictorio entre las penas que establece y la gravedad de los delitos, no respeta la jerarquía de los bienes jurídicos, ello implicaría necesariamente una revisión total del Código Penal. Por lo que con el objeto de ilustrar de mejor manera el anterior razonamiento, tenemos como ejemplos lo establecido en los artículo 220 Fracción IV, 221 Fracción II, 222 párrafo primero, en dichos numerales establecen penas privativas de libertad muy severas para delitos

patrimoniales, claro si tomamos en cuenta que no son utilizadas las calificativas de Violencia Moral o Física, lo que se corrobora con lo establecido en el artículo 130 en sus primeras seis fracciones, precepto en el cual se protege el bien jurídico de la integridad física, es decir, que para el Estado puede ser más importante castigar en forma más severa una persona que se puede robar un celular o incluso una golosina de una tienda, que la salud de las personas, lo cual es del todo incongruente.

En este orden de ideas se dice, que el principio de proporcionalidad de la pena y del delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, ello no excluye la posibilidad que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnera el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia y dignidad humana, por lo que había que agregar como hemos dicho anteriormente la jerarquía de los bienes jurídicos y con ello la significación de los derechos fundamentales para el orden jurídico.

Por último en este orden de ideas, tenemos el principio de humanidad de la pena, en donde dicha pena no puede afectar al sujeto en su dignidad, en tal sentido la Constitución señala la exclusión de la tortura, este es uno de los casos más significativos de afectación a la persona como ser social. En este sentido también debemos entender que las penas, multas y medidas de seguridad en nuestro ordenamiento deben estar orientadas a la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad, es decir, que la pena privativa de libertad no debe tener una finalidad que atente contra la dignidad humana y su objetivo claro es de reeducación y reinserción social.

Este principio también establece que la duración de las penas no puede afectar la dignidad del sujeto como ser social, sería una pena inhumana, despersonalizante, que se da claro con las penas privativas de libertad demasiado largas. En suma, una consecuente aplicación de los principios generales de garantías y los aspectos de la teoría de la pena obliga a una revisión total del sistema de penas y con ello del propio Derecho Penal. Es la teoría de la pena lo que pone de

manifiesto la profunda inhumanidad del Derecho Penal, frente a lo cual una exclusiva atención a la Teoría del Delito y del sujeto responsable no es sino una forma de encubrimiento de la realidad.

Terminaremos este Capítulo diciendo que la pena siempre ha sido utilizada con fines netamente económicos: cuando la mano de obra no fue necesaria, la pena era la muerte, cuando la expansión militar y el comercio necesitaron transportación, la pena fue la galera, cuando se necesitó colonizar, la pena fue la deportación, cuando hubo que construir ciudades o fortalezas, el presidio en obras públicas y el presidio militar fueron implantados como pena. Más tarde, con el despegue del capitalismo, se requiere fuerza de trabajo por lo que las penas se purgan en las Casas de Corrección o Casas de Trabajo iniciándose así la cárcel-fábrica.

A partir de la etapa Correccionalista, aparentemente la pena cambia su intención económica. No es necesaria la mano de obra por los recientes inventos y los avances presentados por la Revolución Industrial. El criminal, sin embargo aparece como un producto de la sociedad. Si existen criminales se debe a la mala distribución de la riqueza de la sociedad, luego entonces, la misma sociedad debe preocuparse de la corrección del delincuente. El paso de la etapa Correccionalista a la Resocializante tuvo su origen con la aparición del positivismo en el mundo, con la búsqueda de la explicación científica para todos los hechos, y desde luego, para la conducta del desviado. El cambio se dio sin ninguna dificultad ya que para la sociedad en general era muy conveniente el conocer que el delincuente lo era por causas ajenas a ella, su conducta desviada se presentaba por herencia, por características físicas, atávicas o por epilepsia. Desde entonces y hasta la fecha, con la misma pena de prisión, se pretende conocer las causas del delito representadas en cada individuo en particular, aplicar un tratamiento: educación, trabajo y capacitación para el trabajo, y el cambiar su personalidad peligrosa para “readaptarlo” a la sociedad.

Como se ha podido ver los fines que la pena enarbola no se cumplen, y en este caso la readaptación tampoco. Ésta se presenta como un fin utópico, en virtud de

que el tratamiento no puede ser aplicado como un método científico y esperar que el individuo, como si fuera un vegetal, muestre resultados predeterminados; y aún, si ello se pretendiera, los medios con los que se supone se debe alcanzar, simplemente no se dan en la realidad, el trabajo penitenciario y la capacitación no existen, y en cuanto a la educación, falta la estructura por parte de la institución e interés por parte de los internos. El artículo 18 Constitucional declara la pena de prisión como medio para alcanzar un fin: la readaptación, ésta es la función declarada, ir más allá y buscar la latente no es difícil, la prisión es útil para quien la aplica, de otro modo no existiría. Entre las funciones latentes de la pena de prisión se visualizan las siguientes:

\*Demostración palpable del poder represivo del Estado.

\*Lugar de ejecución de la venganza institucionalizada.

\*Neutralización de los enemigos del gobierno.

\*Utilización de la prisión como medio de legitimación del grupo en el poder (contra sujetos claves de sexenios anteriores).

En conclusión, la pena siempre será útil, además de tener una función en el discurso, su ejercicio dará el poder a quien la crea y aplica.

### **3.1.- LAS CLASES DE PENA EN GENERAL.**

Todo derecho punitivo, en su dimensión vital, se resuelve en la potestad, reservada exclusivamente al Estado, de infligir penas. Esta potestad punitiva no es únicamente el aspecto subjetivo del derecho penal, sino su condición misma de existencia, ya que el *ius puniendi* existe en cuanto el Estado lo hace existir, y acaba cuando lo hace acabar el Estado. “Este, como titular de la potestad punitiva,

es árbitro absoluto de ella; es decir, puede hacerla surgir o no surgir, modificarla, hacer que perezca y se extinga. En efecto, está claro que la facultad de disponer supone la de renunciar, total o parcialmente; entonces decimos que la potestad punitiva, no surge, se modifica o se extingue”.<sup>83</sup>

Empezaremos diciendo que la pena es un mal, es decir, un sufrimiento, un dolor, para el reo; mal positivo, irrogación de un dolor; mal negativo, privación de un goce. En este sentido se dice que la pena debe ser aflictiva, si no lo fuera, no habría diferencia entre premio y castigo. Aquí se ve la clara deficiencia de la teoría correctiva, que al señalarle a la pena una función pedagógica, se dirige a despojarla de todo carácter aflictivo. Ciertamente, es una meta ideal la de educar sin hacer sufrir, pero no conviene olvidar el enorme poder pedagógico del dolor, que recuerda al hombre la seriedad de la vida. El dolor es un mal, nadie podría dudarlo, pero es un mal que se transforma en un bien, si sirve redimir al hombre de la esclavitud de las pasiones y del egoísmo. En este sentido ha de entenderse que la pena debe herir, no curar al propio condenado, es propio el resarcimiento sanar una herida si causar otra. La pena no es curación, sino coacción contra el culpable.

Por otra parte, es prudente y humana la advertencia de que el dolor causado por la pena no debe pasar de ciertos límites, y que deben reprobarse las penas que lesionan la integridad de la persona física y moral. La pena, en fin, es un mal, no sólo para el que lo sufre, sino también para el que lo irroga. El castigo tiene un precio material y moral. Se castiga sin placer, antes bien con sacrificio y con dolor, solo para cumplir un deber necesario. Castigar es, en cierto modo, sufrir; tanto para el individuo como para su familia.

Es un mal conminado o infligido. Un mal solamente conminado, sin ser infligido, no es pena. Por otro lado, la conminación debe ser eficaz. Para ello es preciso que la pena sea cierta e irremediable, según los términos de los autores antiguos. La fuerza moral de la pena está más en su certeza que en su severidad. El principio

---

<sup>83</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Volumen I, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogota-Colombia, 1989, pág. 485.

de la corrección de la pena, debe cesar cuando el reo demuestra que se ha enmendado, hace ilusorio el valor de la pena. De aquí la aversión de muchos criminalistas contra la institución de la pena indeterminada.

Un mal infligido a título de retribución. El mal no debe ser irrogado por capricho, por crueldad o por venganza, sino como justa compensación de otro mal injusto que se ha causado. Sin retribución no hay pena. Retribuir no significa rebelarse y reaccionar ciegamente, sino pagar una cosa con su igual, formar una ecuación entre dos sufrimientos, restablecer el equilibrio de dos fuerzas, turbado por el delito. Esto implica que la pena sea proporcionada al delito, toda deficiencia es debilidad, y es crueldad todo exceso; la una y el otro, tomados separadamente, son injusticia. Las penas excesivas son tan maléficas como las penas no idóneas.

Del concepto retributivo de la pena se sigue que esta debe ser personal; debe alcanzar al autor del delito, no a otros. No faltan en la historia ejemplos de penas que alcanzan a personas extrañas al delito, en el imperio romano, las penas por los delitos cometidos de lesa majestad, se extendían hasta la primera generación, hoy el principio de personalidad domina tanto al delito como a la pena, y no es admisible imputar y castigar a los inocentes. La exigencia de la ejemplaridad y de la intimidación no puede justificar semejantes aberraciones.

Del principio de retribución se deduce también que la pena debe ser divisible y graduable, es decir, fraccionable, de modo que se pueda proporcionar a los diversos grados de imputación. Retribución del mal de un delito. Es decir, que es necesario un delito que retribuir, y por lo tanto, un nexo causal entre la pena y el delito. Dicho delito debe ser ya realizado; no futuro, inminente o presente, sino pasado. Si faltare este elemento, podrá haber reacción defensiva, pero no retributiva, habrá prevención, pero no represión ni pena. La prevención es ciertamente una defensa contra el delito, pero no tiene que ver con la pena, que es solo represiva, no preventiva. Llamar penas a las medidas de prevención, es contradecir el sentido literal de la pena. Todo lo que atañe a la defensa, a la prevención, a la intimidación, pertenece al derecho administrativo, no al derecho penal propiamente dicho.

Un mal infligido por el ordenamiento jurídico dentro de las normas legales. Esto es, que la pena no sólo debe ser establecida por las leyes, sino que, sin ser confiada al arbitrio, deben infligirla los órganos jurisdiccionales expresamente delegados por la ley. La pena debe reintegrar el orden jurídico lesionado. Este efecto debe ser alcanzado, no solo con la acción de la pena sobre la conciencia del reo, sino en el mundo exterior, con la ejemplaridad y la publicidad del castigo; de modo que ante la conciencia colectiva aparezca reintegrado el ordenamiento lesionado.

De los caracteres positivos de la pena se deducen, por contraste, sus caracteres negativos. No es ni debe ser la pena:

1.- Un simple medio de corrección y de educación moral. La pena hiere y castiga, no tiene el fin único de mejorar y enmendar al delincuente. No se niega que se puede conseguir ese efecto, pero es un efecto indirecto y secundario. Con frecuencia, la expiación es el mejor camino para la redención; más la pena se propone un solo fin: que el reo pague por el delito cometido. Si se corrige, tanto mejor; pero la corrección no debe ser nunca motivo principal del castigo. Sería una ingenuidad querer suprimir a los jueces para remplazarlos por pedagogos.

2.- Un medio de prevención. Sin duda, hay que prevenir la delincuencia; pero la pena llega siempre demasiado tarde para ello. Sería muy inseguro confiarse a ella para apartar del delito a los mal inclinados. A este fin, se encaminan las medidas de policía y las medidas administrativas de seguridad. Tales medidas miran solo al mañana, y se preocupan de la delincuencia futura; las penas contemplan el ayer, y quieren que el reo sufra tanto cuanto ha provocado sufrimiento.

3.- Un resarcimiento del daño. La pena hiere y no siempre sana, al devolver mal por mal; el resarcimiento sana y repara; no produce nuevo mal, sino que anula o alivia el ya producido. La pena tiene como fin público, y corresponde al Estado; el resarcimiento tiene un fin privado, y corresponde a la persona privada; la pena es personal, mientras que el resarcimiento, que tiene naturaleza económica, aunque se efectúe por daños patrimoniales; la pena es forzosamente cumplida, mientras que el resarcimiento es renunciable por el que tenga derecho a él.

Sería muy desgastante indicar la diferencia entre estas dos instituciones. La ciencia criminalística tiene que reaccionar con toda energía contra esta confusión, completamente absurda. La pena resarce sí, algo, es decir, el orden jurídico violado; pero este resarcimiento, de carácter puramente espiritual, no tiene nada que ver con el resarcimiento material del daño. Y que el resarcimiento es muy distinto a la pena, lo demuestra el hecho de que su realización no libra la responsabilidad penal.

### **3.2.- LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD. PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE DERECHOS Y PENAS PECUNIARIAS.**

Las penas pueden clasificarse según su autonomía en penas principales y accesorias, las primeras son aquellas que no dependen de otras para su imposición (las penas de prisión), las segundas con aquellas que necesariamente presuponen otras para su imposición, pueden ser simplemente accesorias (multa), o bien principales convertibles en accesorias (inhabilitación y suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio). Su carácter accesorio no significa que sean un simple efecto principal, pues requieren expresa imposición por parte del Juzgador.

La tendencia actualmente, es suprimir, la mayoría de las penas accesorias por su carácter negativo para el desarrollo del sujeto y no tener utilidad alguna; más bien se trata de reconvenir alguna sólo en pena principal, sustitutiva de la pena privativa de la libertad en ciertos delitos como son el caso de los delitos contra la vida, la libertad de las personas y del patrimonio, cuando estos afecten en forma grave el bien jurídico antes señalado.

También pueden clasificarse con lo antes mencionado de acuerdo a su gravedad, como lo son innegablemente la privación de la libertad; las leves como pueden ser los arrestos, que se imponen en faltas administrativas, y las comunes como por ejemplo las multas de tránsito.

En la actualidad, se puede establecer desde un punto de vista material que las penas en el Código Penal son: privativas de la libertad, penas restrictivas de la libertad, penas privativas y restrictivas de derechos y penas pecuniarias.

Así en un principio tenemos que la pena de prisión (privativa de libertad) se entiende hoy en día, como aquélla que mantiene al sujeto recluido en un establecimiento destinado para tal efecto, con fines de castigo, de eliminación del individuo peligroso respecto al medio social, de reclusión forzosa del mismo mientras dura ese aislamiento y de readaptación a la vida ordenada, lo que eliminaría su peligrosidad y le capacitaría para volver libremente a la comunidad de todos los hombres.

“Esta palabra de prisión, de “prehensio”, “prehensionis” o aprehensión, significa originariamente la acción de asir o coger una cosa o una persona; o bien aquello con se ata o asegura el objeto aprehendido; y en la historia de la pena recuerda las cadenas, los grillos, cepos y demás instrumentos empleados para asegurar a los detenidos”.<sup>84</sup>

Las penas privativas de la libertad, aparecen en el nuevo Estado surgido de la Revolución Francesa, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora. Sin embargo, sus antecedentes hay que buscarlos en los siglos XVI, XVII y XVIII, especialmente en Holanda, donde surgen las llamadas casas de trabajo, que tienen por objeto recluir y hacer trabajar para el Estado a toda clase de delincuentes, y que forman parte de una tendencia general de acumulación de capital y ruptura de los gremios por parte del nuevo Estado. El humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras, y en general penas de carácter corporal; su utilitarismo, en aprovechar

---

<sup>84</sup> VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit., pág. 574.

para el Estado y para regular el mercado de trabajo, esta mano de obra ociosa marginal, consistía justamente en disciplinarlos para el trabajo, piedra angular del nuevo Estado, y de un tipo especial de trabajo que era el de la fábrica, de ahí la semejanza entre cárcel y fábrica. Por otra parte, la pena privativa de libertad cumplía con los fundamentos ideológicos de un nuevo Estado, ya que podían graduarse y cumplir entonces los objetivos preventivos-generales del Estado (como lo eran de aumentar o disminuir la gravedad de las penas conforme a sus políticas criminales) y afectaban al bien jurídico fundamental del hombre que sin duda alguna es su libertad, ya que teniendo este podía desenvolverse en la sociedad y ofrecer su mano de obra, de modo que con ello también le quedaba claro el costo del delito al delincuente, lo cual era básico para la coacción psicológica que pretendía la prevención general.

Luego desde un principio, la pena privativa de la libertad tuvo la función resocializadora, en un determinado sentido, y de ahí que siempre ha sido muy ligada a la idea de trabajo. De modo que todo el planteamiento posterior de resocialización y reeducación de las penas lo que hace es sólo dar nuevas direcciones a la misma idea, en el sentido de que una resocialización y reeducación no se puede basar sólo en la idea de disciplina y trabajo.

Pero las investigaciones posteriores en diferentes países, han venido a demostrar que la pena privativa de la libertad no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto los llamados efectos de la prisión que trae como consecuencia la despersonalización que tiene la cárcel, ya por el hecho de ser una prisión donde se cumple una pena, el sujeto pierde su identidad y pasa a ser sólo un número dentro de la institución y además, ello mismo lleva a la llamada subcultura carcelaria, que aumenta la conciencia violenta o delictiva del sujeto.

De ahí la crisis actual de la actual pena privativa de la libertad y de la tendencia a buscar penas alternativas, que se logren adecuar más a los fines del Estado moderno democrático, en especial respecto a las penas cortas privativas de la libertad, ya que aparecen como las más nocivas para el desarrollo de la personalidad y de la dignidad del sujeto, por lo que el postulado de resocialización

y reeducación hay que entenderlo en dirección de la búsqueda de soluciones alternativas frente a la pena privativa de la libertad y del máximo de humanización de ellas, ya que su resocialización mediante la cárcel es una contradicción de principios, como lo es, no se puede educar para la libertad, precisamente privando de la libertad. Más aún la resocialización de por si resulta cuestionable, ya que no se puede determinar a qué tipo de sociedad va encaminada, hasta qué punto puede intervenir el Estado en la conciencia del sujeto, cuáles son los valores cuestionados, cuáles los de remplazo y porqué de ellos.

Las penas restrictivas de la libertad, siempre hubo en la mente de los estadistas la preocupación de librarse de individuos que consideraban peligrosos o trastornadores del orden político, religioso o social, por eso de manera firme desde la consolidación de la República, en el año de 1867, se llevó a cabo la eliminación de rateros, vagos y viciosos, mediante su concentración en lugares como Yucatán, Oaxaca y Veracruz, regiones insalubres y de clima penoso en donde eran llevadas las personas con flagrante violación al artículo 21 Constitucional entonces ya vigente; por delitos leves, además, se estableció la práctica de consignar a los responsables al servicio de las armas, en tanto que por los delitos mayores algunos reos eran enviados a la prisión militar de San Juan de Ulúa, en la que llegaron a ser diezmados por la fiebre amarilla.

A partir del año de 1905 la transportación se orientó hacia las Islas Marías, frente al puerto de San Blas, en el hoy Estado de Nayarit, que es donde actualmente sigue concentrada.

En el Código de 1871, incluyo en su enumeración de las penas que podía imponerse por delitos políticos, el destierro del lugar, Distrito o Estados de residencia, y el destierro de la República, pero por Decreto de 22 de mayo de 1894 y 15 de diciembre de 1903, se dispuso que los condenados a prisión o arresto, por los delitos de robo simple, domestico, con violencia y también después los responsables de falsificación o alteración de moneda, o por circulación de moneda falsa, extinguieran su pena en el lugar que designara el Ejecutivo y se

dedicarían al trabajo que éste determinara. Esto siguió poblando por algún tiempo el territorio de Quintana Roo.

En 1929 se consiguió en la Ley la pena que se llamó de “relegación”, señalando para los casos de su aplicación algunos casos de grave temibilidad como el de los delincuentes habituales; y el Código de 1931 también, incluyó, la “relegación” que debería ser impuesta a los reincidentes y a los reos de vagancia y malvivientes.

Empero, ya por ley de 4 de mayo de 1938, se dijo suprimir esa pena y se atribuyó al Ejecutivo la facultad de imponerla, son pretexto, de cumplir una pena de naturaleza diversa como lo es la prisión.

Y en dicha ley se establecieron las siguientes penas: El confinamiento, suprimiendo el nombre de “relegación” y confundidos en la prisión los casos en que un condenado a esta pena es transportado a una isla y sujeto en ella a un régimen especial, ha quedado en nuestro Código solamente, como medidas que restringen la libertad, el confinamiento la prohibición de ir a un lugar determinado.

En la primera de estas sanciones, se imponía la obligación de residir en Determinado lugar y no salir de él, prevención que supone como base la reducción de agitadores y rebeldes a lugares donde no sean peligrosos y puedan ser vigilados; y se agrega que el Ejecutivo hará la designación del lugar, cuando se trate de delitos comunes, y el Juez que dicte la sentencia cuando el delito sea político.

Pero en este caso existe una evidente falta de concordancia, pues los delitos políticos no tenían señalada en ningún caso pena de confinamiento, sino la prisión, lo que imposibilitaba al Juez a imponerla.

Prohibición de ir a un lugar determinado, esta sanción fue impuesta en el Código Penal de 1871, como medida preventiva, tiene por objeto evitar que un hombre vuelva a la región o población en que, por sus antecedentes, puede ser especialmente peligroso o significar una provocación para quienes conserven un rencor o puedan reavivar rencillas en su contra. Por eso en dicha Ley Penal, la

señalaba como aplicable para casos de homicidio o lesiones en que, en el lugar del delito, puedan existir amigos o parientes del ofendido a quienes puedan extenderse el motivo del primer atentado o de quienes pueda temerse una reacción de venganza.

En la actualidad esta pena, también han caído en crisis, tanto por su utilización histórica para el delincuente político, como por sus defectos discriminatorios en relación a las facultades económicas del sujeto al ser desplazado a otro lugar y además por no tener utilidad social.

De igual forma tenemos, las penas privativas y restrictivas de derechos, que son las siguientes: la inhabilitación absoluta, que implica privación de derechos por el tiempo de la condena, la inhabilitación especial para cargo público, que priva justamente del cargo por el tiempo de la condena, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio. Las penas restrictivas de derechos consiste en penas de suspensión: como pueden ser, suspensión para cargo público, suspensión del derecho de sufragio.

Estas penas también han sido sujetas a críticas, especialmente cuando implican un impedimento para el sujeto para ejercer su profesión u oficio, ya que ello impide entonces al condenado a realizar su actividad social normal y proveer a su manutención y a la de su familia, lo que conlleva a que el sujeto puede verse obligado a seguir realizando actividades ilícitas con el objeto de poder llevar el sustento familiar, lo que sin duda se vuelve un círculo vicioso. “El médico no opera para eliminar los síntomas, sino las causas de enfermedad. La restauración del orden exige, en términos figurados, que se mate el bacilo del delito, o sea la enemistad, o sea el desamor; pero este resultado no se obtiene si el reo no llega a ser distinto de lo que es”.<sup>85</sup>

Por último en este punto, la pena pecuniaria, se dice que es aquella que consiste en la obligación de pagar al Estado una suma de dinero. Se podría agregar que es

---

<sup>85</sup> CARNELUTI, Francesco. Derecho Procesal Penal, Volumen II, Editorial Oxford University Press, Segunda Edición, México, 1999, pág. 34.

la única pena de caracteres indiscutiblemente intimidatorio y ejemplar, y que no puede ser considerada como medio de readaptación, salvo el efecto general, educativo, que tiene el sólo reproche penal, ni mucho menos como medio de eliminación.

Esta pena, se ha usado siempre, aunque con variantes en su sentido, y se puede seguir aplicando porque no es repugnada en ninguna forma por la moral ni por los sentimientos humanitarios; porque es perfectamente divisible y reparable; porque no degrada ni lastima la dignidad del penado; porque no separa al hombre de sus atenciones familiares, de su trabajo ni de la vida en sociedad; y finalmente, porque en lugar de significar una carga para el Estado, representa una contribución importante para el sostenimiento de los servicios públicos.

En contra de este tipo de pena hay las opiniones en el sentido de que es insuficiente para la represión de los delitos de alguna consideración, el pobre sabe que no ha de pagarla y el rico la tomara como una forma de impunidad; por eso para esta clase de infracciones, apenas si puede usarse como una pena complementaria. Se habla de su desigualdad, por el efecto diverso que produce en un hombre de pocos recursos o en un potentado; y se aprecia, como una traba insuperable, la imposibilidad de hacerla efectiva, contra quienes carecen de fortuna.

En varias formas se ha tratado de resolver estos últimos problemas, sin lograrlo del todo. Para conocer la verdadera capacidad económica de un acusado no basta informarse de sus ingresos, sería muy difícil investigar su capital y aún tomando en cuenta los bienes que pudieran ser conocidos como de su propiedad y pudiendo discernir los créditos simulados de los reales etc. La persona que tenga una gran fortuna se vería sosteniendo la inconsciencia de una gran mayoría de población que tomaría la multa verdaderamente proporcionada a sus recursos como una injusticia y como fruto solamente del abuso y de la ambición de las autoridades, sin contar con la debilidad de estas últimas ante el peligro de pasar por tiránicas en una materia que no es de su especial interés, como la represión de los delitos. Quién carece de bienes no podrá pagar multas; y esto, unido a la

necesidad de no dejar impunes los delitos, hace que, después de dar plazos y facilidades de pago, se recaiga en prisiones de corta duración, con todas las inconveniencias que ello significa.

La multa, como pena, tiene carácter personalísimo. Esto significa, que sólo puede imponerse a quienes tengan responsabilidad penal en la comisión del delito y no a otras personas a quienes pudiera alcanzar las obligaciones civiles o de reparación de los daños causados, aún cuando estas últimas se hayan dado en equipararlas con las penas públicas; y significa también que, sin son varios los responsables de un delito, a cada uno se debe imponer la pena de acuerdo con el grado de su participación y de su culpabilidad, sin que se pueda fijar una sola multa para que sea cubierta por todos en forma solidaria o mancomunada.

En este tenor tenemos que las penas pecuniarias son las siguientes: la caución, que obligada a presentar a un fiador por parte del sujeto que tenga la calidad de indiciado, inculcado o ya sentenciado ante la autoridad, que puede ser Agente Investigador del Ministerio Público, el Juez de la Causa o los Magistrados integrantes de la Sala Penal que resuelvan sobre el Recurso de Apelación interpuesto por alguna de las partes; el decomiso, que implica la pérdida de los objetos o instrumentos del delito, esta pena siempre es accesoria; la pena pecuniaria fundamental y clásica lo es sin duda la multa, que es la fijación de una determinada cantidad de dinero por parte del Juzgador, tomando en cuenta la gravedad del delito, dicha pena podría ser, por su divisibilidad y su compatibilidad con la libertad, la pena básica para sustituir las penas privativas de libertad, pero como en casi todos los casos de las penas, existe un pero en relación a la multa, ya que la aplicación de la misma se dice es discriminatorio, pues no atiende a la capacidad económica del sujeto (de ahí que necesariamente tiene que llegarse a una sustitución por una pena privativa de libertad cuando el sujeto no pueda pagar la cantidad fijada). Conforme a este sistema se fija en el Código Penal, según la gravedad del delito, un número de días multa y el importe preciso del día multa sobre la base de una determinación de ingresos netos del sentenciado, considerando por tanto sus entradas y sus obligaciones de carácter económico.

Pasando a otro punto es necesario tocar el tema de la Reparación del Daño, para ello es indispensable decir que sin lugar a dudas la función del Estado es crear y mantener un orden social en que haya seguridad, tranquilidad y paz, siempre que se lesione un bien jurídico deben intervenir las autoridades en apoyo de una justa reparación al directamente ofendido, haciendo que se restituyan las cosas de cuya posesión se le haya privado, que se le reparen los daños morales o materiales que se le hayan originado y que se le indemnice por los perjuicios ocasionados. “La sociedad civil y, por ello, la autoridad que representa, no es más que un instrumento de esa ley, que es preexistente a aquélla. Regula la aplicación de la misma de conformidad al desenvolvimiento de las necesidades de los pueblos; es el órgano destinado, en las predisposiciones del orden humano, a actuar la eficaz protección del derecho, mediante las prohibiciones, mediante las prevenciones y mediante la punición”.<sup>86</sup>

Pero después de mucho tiempo, cuando se había logrado distinguir la sanción penal de la civil, en donde se caracterizó la primera por tutelar el orden y la paz pública, dando lugar a las acciones que sólo es titular el Estado; por valerse de penas que tienen caracteres aflictivos o eliminatorios, y que deben imponerse sólo a los responsables penalmente, variando su naturaleza y su cuantía de acuerdo con la personalidad del reo a quien se aplica, aún cuando no se haya causado daños sino peligro o que se trate de un simple atentado sin consumación; que se agravan o se atenúan por datos netamente subjetivos como el haber actuado con dolo o con imprudencia en tanto que las sanciones civiles fueron señaladas como aquellas que tratan de mantener el derecho en el caso concreto, obligando al pago de lo debido, a la restitución, a la reparación y la indemnización, valiéndose de los medios que no llevan propósito alguno de intimidación, ni responden a la peligrosidad del sujeto sino que se adaptan a la situación subjetiva, a la importancia del derecho desconocido, del daño causado, etc.; que pueden hacerse valer frente a terceros que se hallen ligados con el obligado patrimonialmente, como pueden ser las sociedades, ó por lazos civiles: padres,

---

<sup>86</sup> CARRARA, Francesco. Derecho Penal, Editorial Oxford University Press, Volumen I, Segunda Edición, México, 1999, pág. 52.

tutores, patrones etc., y el ejercicio de cuyas acciones corresponde al acreedor, dañado o perjudicado o al beneficiario de los pagos o las reparaciones que han de hacerse, entonces tales adelantos impusieron, en materia de delitos, el paso de lo homogéneo confuso a lo heterogéneo coordinado, o el reconocimiento que tales delitos puede dar nacimientos a dos acciones: una represiva, pública, de carácter penal y correspondiente al Estado, y la otra privada, satisfaciente de intereses y derechos particulares y cuyo ejercicio corresponde a quien ha sufrido directamente los daños o los perjuicios que han de ser reparados. Sobre estas bases quedaron orientadas las legislaciones clásicas, incluyendo nuestro Código de 1871.

Desde los tiempos en que los ofendidos por un delito creían poco digno aceptar dinero como una compensación, y por la concurrencia de otras causas como son la incapacidad técnica y económica de quienes pudieran exigir las indemnizaciones, así como la insolvencia de quienes deberían pagarlas, se ha mantenido una estadística desalentadora en cuanto a la realización de reparaciones económicas. La doctrina y las legislaciones comenzaron a esforzarse por descubrir nuevos procedimientos y nuevos recursos para resolver ese mal, coincidiendo en fortalecer las actividades de los acreedores para hacer efectivo su derecho, y tratar de hacer presión sobre los obligados, prolongando su prisión mientras no pagaran la reparación del daño, aún cuando tuvieran ya derecho a la libertad. Así fue que se autorizó al Ministerio Público para representar al perjudicado mientras comparecía o se hallaba ausente, para pedir a tiempo las medidas aseguradoras que fueron pertinentes y para prestar ayuda técnica a los ignorantes y a los pobres.

En nuestro Código de 1931, sus autores establecieron en el artículo 29 “La reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública”.

Se pudiera señalar que los autores de la Ley en comento, olvidaron que las funciones del Ministerio Público no se reducen al ejercicio de las acciones penales sino que implican la representación de los ausentes, la defensa y el auxilio cuando se trata de menores, de incapacitados, de pobres o ignorantes, los autores

del Código criticaron el Código de 1919, que se afiló a la nueva dirección apuntada en el momento, diciendo que se creó un sistema ambiguo, que permitía al ofendido y a sus herederos exigir la reparación, como acción civil, y a la vez daba intervención al Ministerio Público. La Comisión, afirman, se resolvió, declarando de modo preciso y claro que la reparación del daño será exclusivamente pública, sin que pudieran explicar porqué motivo no se pudo sostener tal exclusividad, ya que en algunos casos la reconocían como acción civil, y en otros casos no se sabe si es pena pública, que inexplicablemente no se extingue, ni se altera por la substitución o conmutación, por la condena condicional, por la muerte del delincuente, por la amnistía, por el indulto, prescripción, figuras jurídicas previstas en el Título Quinto, denominado EXTINCION DE LA PRETENSION PUNITIVA Y DE LA POTESTAD DE EJECUTAR LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD del Código Penal para el Distrito Federal, ni por las excluyentes de responsabilidad penal, o es una sanción civil que como tal se substraee a tales medios de modificación o extinción de las penas.

Ya en afirmar que la reparación del daño es una pena pública había un error, puesto que las sanciones civiles y las penales tienen cada una su naturaleza propia, diversa una de la otra, y no es dado pensar en un error legislativo que pudiera reducir una esencia a otra esencia; pero ante la necesidad de conceder acción en contra de los ascendientes en ejercicio de la patria potestad; contra los autores y custodios de los incapacitados; contra los dueños, empresarios o encargados de negocios mercantiles, por sus obreros, jornaleros, empleados o domésticos en desempeño de sus servicios; y contra las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes, con lo que se experimentaba seguramente la sensación del absurdo creado, se creyó resolver el problema mediante lo que seguramente pareció una sencilla distinción, y entonces se estableció: "Cuando la reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil".

Con esto se incurría en una falta mayor, pues si era errado afirmar que una cosa es lo que no es, en peores condiciones se coloca quien sostiene que la cosa es y

no es, de acuerdo con sus particulares conveniencias. La reparación de los daños, por el origen de éstos y por el beneficio que viene de facilitar y apoyar su reclamación, puede nublar la mente de quienes oigan decir, con sencillez, que a veces pena y a veces no lo es; más si propusiéramos que a un tercero ajeno a un delito se le redujera su prisión, afirmando que para estos terceros tales medidas no son penas, causaríamos unánime reacción de protesta por una postura ilógica que no podría tenerse sino con un juego o un acto arbitrario. No, la prisión es una pena y por eso no se puede aplicar sino a los responsables de los delitos; la reparación del daño, en cambio, es una sanción civil aun y cuando se diga lo contrario, por eso no repugna que se reclame de quienes tengan responsabilidad de ese género, aun cuando no la tengan penal.

En la necesidad de ser consecuentes consigo mismo y habiendo afirmado que es una pena pública, no vacilaron los legisladores en sostener: que la reparación debe ser fijada: en la atención a la capacidad económica de quien ha de pagarla. Con lo cual se legalizó la falta de reparación o imponer un remedio de la misma en esa gran mayoría de los casos de insolvencia los esfuerzos para remediar el mal constituido por la ausencia de satisfacción de los perjudicados.

Finalmente, a pesar de que se había dicho que la reparación es y no es pena, debió subsistir en la conciencia de quienes tal cosa expresaban una fuerte convicción contraria, echando entonces por la borda el principio de la personalidad de las penas.

Siempre se ha reconocido que el resorte de toda actividad humana es el interés; atribuir al Ministerio Público el papel de auxiliador de las partes perjudicadas, no es prescindir del impulso básico de los directamente interesados; pero substituir totalmente a estos últimos por una Institución burocrática, declarando que la reparación del daño es una pena pública, lo que significa que su exigencia incumbe al Ministerio Público según el texto del artículo 21, no podría significar, que el dictamen se tomara en serio hasta sus últimas conclusiones, sino todos los problemas que surgirían en la reclamación sobre el pago de los daños y perjuicios, en la búsqueda de las pruebas, la anulación de los recursos etc.; por

eso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, confrontando la repetida declaración de la Ley con la realidad en que se palpa el derecho de los ofendidos a pedir la restitución de sus bienes, la reparación de los daños que a ellos se causaron y la indemnización por los perjuicios sufridos, admite a tales damnificados como partes coadyuvantes, cosa que seguramente no haría tratándose de pedir la pena de prisión, de multa y otras que sí tiene ese carácter público.

Siguiendo por el camino que se abrió el asegurar que la reparación del daño es y no es pena, se ha asistido con especial empeño en asegurar que en esta materia hay dos acciones, de las cuales una corresponde al Ministerio Público y otra al particular ofendido, con distintas competencias judiciales, contra el principio que prohíbe actuar dos veces sobre el mismo y olvidando que los caracteres de la sanción civil y la sanción penal no son diversos, sino contradictorios, puesto que la última tiene caracteres aflictivos, intimidatorios y ejemplares, en tanto que la primera no tiene tales caracteres o fines; que la sanción penal toma como punto de mira para su individualización el grado de responsabilidad y de peligrosidad del sujeto a quien se impone, en tanto que la sanción civil no puede alterarse por consideraciones subjetivas.

Actualmente señalaremos que la pena pecuniaria de la Reparación del daño, se encuentra prevista en el Título Tercero, denominado CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO, Capítulo VI, denominado SANCION PECUNIARIA, del artículo 37 a 52 del Código Penal para el Distrito Federal.

En cuanto al origen de la imposición de las diferentes formas o clases de penas, podría decirse que en todo tiempo se ha sentido la necesidad de ejecutar la sanción a cada caso, considerado individualmente, así, aún en épocas en que sólo se tomaba en cuenta el daño causado; existía ya la Ley del Talión como la fórmula perfecta de correspondencia entre delito y la pena; vino después la consideración subjetiva y se trató de adaptar la sanción a la responsabilidad, a la peligrosidad del agente y aún conjunto de datos que por fin, haciendo síntesis de tendencias unilaterales, se han referido tanto a lo subjetivo como a lo objetivo para encaminar

la sanción a sus fines últimos, pues hoy en día, se toma en cuenta el caso, comprendiendo el hecho realizado y la personalidad del agente; se combina la base legal con arbitrio necesario, pero limitado, de los Jueces; y tratándose de penas privativas de la libertad, únicas en que pueden aplicarse tratamientos correctivos, “El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás a la comisión de otros iguales. Luego deberán escogidas aquellas penas y aquél método de imponerlas, que guarda la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y al menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”.<sup>87</sup>

En cuanto a la individualización de la pena, podemos decir, que su razón de ser, son con el propósito de ajustar cada condena al caso que la provoca, es más que una simple imposición por parte del Estado, una necesidad que nace de la naturaleza misma y de los fines del Derecho Penal. Si la pena tiende a prevenir el delito por medio de la intimidación, ha de ser más enérgica cuanto más grave sea el delito que trata de prevenirse y más propenso sea el sujeto del que se tema una recaída; si es un medio de hacer justicia, tiene que corresponder al grado de responsabilidad que sanciona; como elemento de corrección o adaptación del sujeto a la solidaridad social, debe tener como puntos de referencia las causas de indisciplina que se descubran en cada sujeto, para actuar sobre ellas de manera eficaz.

En la actualidad las medidas que restringen la libertad son, las previstas en el Título Tercero, denominado CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO, en los Capítulos I al XIII, precisamente del artículo 30 a 69 del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo. (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

I Prisión;

II Tratamiento en libertad de imputables;

---

<sup>87</sup> BECCARIA, Cesar. Op. Cit., pág. 31.

III Semilibertad;

IV Trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad;

V Sanciones pecuniarias;

VI Decomiso de los instrumentos, objetos o productos del delito;

VII Suspensión o privación de derechos; y

VIII Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

Artículo 31. (Catálogo de medidas de seguridad). Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son:

I Supervisión de la autoridad;

II Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;

III Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y

IV Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

#### **4.- CONCURSO APARENTE DE NORMAS, ENTRE EL ARTICULO 246 PARRAFO V Y LOS CAPITULOS VII Y VIII DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.**

En principio de cuenta señalamos, que el Concurso Aparente de Normas se encuentra previsto en nuestra Legislación en el Título I, denominado La Ley Penal, Capítulo IV:

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.

Como podemos observar nuestro Código Sustantivo no prevé el Principio de Alternatividad del cual hablamos en el Capítulo IV del presente trabajo.

Ahora bien, para los fines del presente trabajo procederemos a analizar lo establecido en el artículo 246 párrafo V, que se encuentra en el Capítulo X, Disposiciones Comunes, y lo señalado en los artículos previstos en los Capítulos VII y VIII del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 246. Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

...

**Párrafo V: 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 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, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.**

Pues bien, es del todo claro que lo establecido en el artículo 246 párrafo V, existe una coexistencia de normas que regulan un mismo hecho, como lo es la aplicación de Normas y Medidas de Seguridad, que se encuentra previsto en el Título Cuarto, precisamente en los Capítulos VII y VIII, artículos 84 a 88, y 89 a 91, todos en relación al artículo 72 del Código Penal, y para precisar nuestra afirmación se

hace necesario transcribir dichos preceptos para los efectos del presente trabajo y asimismo ir señalado precepto por precepto el porqué se afirma que existe un Concurso de Normas y en forma precisa el Principio de Consunción. En el cual resulta innecesario que la conducta o el hecho consumidos estén comprendidos en la descripción del tipo consumidor, ya que basta que de éste último se desprenda la voluntad del legislador de castigar el acto mismo realizado y todos aquellos otros que ordinariamente lo acompañan y cuyo carácter delictivo autónomo debemos suponer, en consecuencia, ya previsto por el legislador e incluido en la penalidad que se atribuye al tipo consumidor. El criterio valorativo antes apuntado, en el cual descansa el concepto mismo de la consunción, hace necesario por parte del Juzgador una actividad tendiente a valorizar tanto al hecho mismo como su ilicitud, por lo tanto no se debe concluir, que el bien jurídico de mayor importancia desplace siempre al de menor entidad, pues no debe entenderse, en ese punto, únicamente a determinada jerarquía del bien, sino fundamentalmente a su alcance conceptual, ya que para que un bien jurídico consuma a otra debe comprenderlo dentro de sí, produciendo el fenómeno de que su ofensa desplace, por su gravedad, a la ofensa del bien más amplio. El principio de consunción obra cuando una figura delictiva abarca y consume a otra, y esto sucede, cuando las figuras tienen una relación de menos a más, o de parte a todo, o de imperfección o perfección, o de medio a fin conceptualmente necesarios a presupuestos.

**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...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 a delinquir...;

**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.**

Este primer artículo es sumamente importante, ya que en éste se establecen los criterios por los cuales se normara el Juez que tenga conocimiento del hecho ilícito para sancionar a la persona que lo ha cometido, así en la fracción VI establece que deberá tomar en cuenta las condiciones fisiológicas y psíquicas del sujeto, esto se traduce a que el Juzgador debe tener conocimiento si la persona se encontraba bien de sus facultades mentales y físicas al instante de transgredir las normas, para la debida aplicación de las penas y en consecuencia que el sujeto pague por el daño causado, pero no sólo la Reparación del Daño, sino también la

pena privativa de libertad, ya que no solamente a agredido al denunciante o querellante, pues lo ha hecho de igual manera a la sociedad en donde vive y se desarrolla.

Aún más en la fracción VII, el Juzgador tendrá también en cuenta las circunstancias personales del activo, así como su comportamiento posterior respecto del delito cometido, lo que se traduce, a que el Juez no podrá imponer las mismas penas de prisión a los individuos que en forma reiterada cometen el mismo delito, como por ejemplo fraude en sus diferentes especies, es decir, que si la Autoridad Judicial (Juez) tuvo conocimiento de un hecho delictuoso que cometido ALAN ALCANTARA HORMIGO, consistente en un Fraude Genérico, en el año 2010, y por el mismo lo condeno a una pena menor de cinco años de prisión y al pago de la reparación del daño, y en esta ocasión por tratarse de un primo delincuente le dio alguno de los beneficios establecidos en los artículos 84 y 89 del Código Penal, no podrá otorgarle los mismos beneficios en el caso de que el sujeto antes mencionado volviera a cometer el mismo delito o algún otro de carácter doloso, consecuentemente es claro de que ALAN ALCANTARA HORMIGO deberá permanecer privado de su libertad por tratarse de un sujeto reincidente.

De igual manera en la fracción VIII, establece que el Juzgador deberá tener en cuenta las circunstancias especiales del sujeto al momento de la comisión del delito, que es otro punto importante a destacar, ya que si ALAN ALCANTARA HORMIGO, es una persona que ha cometido en forma reiterada o ya digamos por segunda vez el delito de fraude genérico, es obvio que tiene tendencias de engañar a la gente con el objeto de hacer ilícitamente de una cosa o obtener un lucro indebido, luego entonces, la pena privativa a imponer no pueden ser siempre benévolas, debe ser castigado con mayor severidad y de la misma manera negarle cualquier tipo de beneficios, es decir, que por ningún motivo puede obtener su libertad, aunque pague la Reparación del Daño, sino es así se estaría rompiendo el principio de igualdad, pues entonces, no se estarían imponiendo penas privativas por igual, sino que un cierto tipo de individuos que también

cometen un mismo tipo de delitos, estaría siendo beneficiado por nuestras leyes penales.

**Artículo 84. (Sustitución de prisión). El Juez, considerando lo dispuesto en el artículo 72 de este Código, podrá sustituir la pena de prisión, en los términos siguientes:**

**I Por multa de trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad, cuando no exceda de tres años; y**

**II Por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando no exceda de cinco años.**

La equivalencia de la multa sustitutiva de la pena de prisión, será en razón de un día multa por un día de prisión, de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado.

Como podemos observar es claro que en la fracción I de este artículo, tiene un alcance mayor a lo previsto en el artículo 246 párrafo V, ya que éste último se refiere a los sujetos que han cometido una clase de delitos en particular, mientras que la fracción en análisis señala la pena de prisión que en general debe tener el sujeto que ha sido sentenciado por la comisión del un delito, independientemente cual sea, para la obtención del beneficio en el estipulado, es decir, que si el sujeto es sentenciado a una pena de prisión más alta que la de tres años, ya no podrá obtener tal beneficio, y mucho menos su libertad, aunque pague la Reparación del Daño, en consecuencia es obvio que estamos frente a al Principio de Consunción.

En la fracción II, se establece el máximo de pena privativa de libertad que se le debe imponer a un sujeto en una sentencia condenatoria, para poder otorgarle el beneficio de libertad o semilibertad, en este precepto también su aplicación es de forma general para todos aquellos individuos que ha cometido un delito, sea cual fuere, y por lo tanto es de mayor extensión que lo establecido en el artículo 246 Fracción V, el cual solo prevé su aplicación para delitos patrimoniales, es obvio que estamos en presencia del Principio de Consunción.

**Artículo 85.** (Sustitución de la multa). La multa podrá ser sustituida por trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad.

En este artículo de igual manera que el anterior se establece que este beneficio de sustitución de multa por trabajo a favor de la víctima o comunidad, solamente será otorgado a aquellos sujetos que se encuentren bajo la hipótesis prevista en el precepto antes analizado, por lo cual se insiste se está en presencia del Principio de Consunción.

**Artículo 86.** (Condiciones para la sustitución). La sustitución de la sanción privativa de libertad procederá, cuando se cubra la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado.

Si bien es cierto que en este artículo se señala que la sustitución de la sanción privativa de libertad, procederá cuando el sujeto lleve a cabo la Reparación del Daño, no menos cierto es que el artículo 84 deja asentada bien las bases para gozar de este beneficio, como lo es que la pena de prisión no exceda de tres años para gozar del beneficio de una multa en beneficio de la víctima o de la comunidad, ni de cinco años tratándose del beneficio de libertad o semilibertad, y esto es claro que es aplicable para toda clase de delitos, no quedando excluidos de ninguna forma los delitos patrimoniales previstos en el Título Decimo Quinto, Capítulos II y III del Código Penal, como son: Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta, e Insolvencia Fraudulenta, luego entonces, es obvio que estamos en presencia del Principio de Consunción.

**Artículo 87.** (Revocación de la sustitución). El juez podrá dejar sin efecto la sustitución y ordenar que se ejecute la pena de prisión impuesta, en los siguientes casos:

I Cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueran señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si incurre en una nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida. En estos casos, se fijará garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con motivo del sustitutivo concedido; o

**II Cuando el sentenciado se le condene en otro proceso por delito doloso grave. Si el nuevo delito es doloso no grave o culposo, el Juez resolverá si debe aplicarse la pena sustituida.**

**En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el sentenciado hubiera cumplido la pena sustitutiva.**

En el presente precepto en la fracción segunda, se establece con claridad que la persona que ha sido sentenciada en una primera ocasión por la comisión de un delito doloso, se le revocará el beneficio de sustitución de la pena de prisión y pena pecuniaria, en el caso que de cometer un nuevo delito doloso grave, precisamente durante el tiempo en que el sentenciado está gozando del beneficio que le fuere otorgado por el Juzgador, con lo cual queda perfectamente señalado, que ninguna persona que es reincidente en la comisión de delitos, se le puede dar el beneficio de la sustitución de la pena, y mucho menos si el delito es grave como podría ser el caso del sujeto que comete el delito de Fraude Genérico previsto en el artículo 230, Fracciones IV y V, o el de Abuso de Confianza previsto en el artículo 227, Fracciones IV y V, se insiste se habla de los beneficios que otorga nuestra Legislación Penal, cuando el individuo es sentenciado por la comisión de un delito, porque es la única forma en que pueden obtener su libertad, por lo tanto es claro que estamos ante el Principio de Consunción.

**Artículo 89. (Requisitos para la procedencia de la suspensión). El juez o el Tribunal, en su caso, al dictar la sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:**

**I Que la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años de prisión;**

**II Que en atención a las condiciones personales del sujeto, no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para que fueron impuestas; y**

**III Que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El juez considerará además la naturaleza, modalidades y móviles del delito.**

En la fracción I, establece que para otorgar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, cuando el Juez haya impuesto una sentencia condenatoria, en donde la pena privativa de libertad no exceda de cinco años de prisión, y sin duda es claro que se habla de la comisión de delitos en forma general, en ningún guión del artículo ha estudio se señala que los ilícitos previstos en el Título Decimo Quinto, Capítulos II y III del Código Penal, como son: Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta, e Insolvencia Fraudulenta, sean excluidos y se les dé un trato distinto a la personas que cometen este tipo de delitos, en consecuencia, es obvio que estamos en presencia del Principio de Consunción.

En la fracción II, se establece con exactitud que si el Juzgador toma en cuenta las condiciones personales del sujeto sentenciado, podrá no sustituir la pena de prisión, es decir, no otorgarle este beneficio, al sujeto que es reincidente en la comisión de delitos patrimoniales como lo son el delito de Fraude en sus diferentes especies y el ilícito de Abuso de Confianza, es indudable que es una norma de aplicación general, y por lo cual se aplica el Principio de Consunción.

En la fracción III, es contundente en el sentido de que el Juzgador podrá no suspender la ejecución de la pena de prisión impuesta, cuando el sujeto sentenciado cuente con antecedentes negativos, es decir, que sea un sujeto proclive al delito, como lo es el caso de las personas que se dedican a cometer ilícitos de carácter patrimonial, y en forma general de aquella toda persona que cuenta con antecedentes penales, la aplicación de esta fracción es de carácter general, en ella no se encuentran establecidas excepciones, estamos ante el Principio de Consunción.

**Artículo 90. (Requisitos para el goce del beneficio anterior). Para gozar del beneficio a que se refiere el artículo anterior, el sentenciado deberá:**

I Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se fijen para asegurar su comparecencia ante la autoridad, cada vez que sea requerido por ésta;

II Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza el cuidado y vigilancia;

**III Desempeñar una ocupación lícita;**

IV...

V...

En el presente artículo, se establecen los requisitos para gozar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, y la fracción III, es clara en indicar que para gozar de dicho beneficio, es del todo necesario que el sujeto sentenciado desempeñe una ocupación lícita, luego entonces, el multicitado beneficio no podrá ser otorgado a los sujetos que sean reincidentes, proclives al delito, es una norma de aplicación general, y por lo tanto estamos ante un Principio de Consunción.

**Artículo 91. (Efectos y duración de las penas). La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa. En cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o Tribunal resolverá las circunstancias del caso. La suspensión tendrá una duración igual a la de la pena suspendida.**

**Una vez transcurrida ésta, se considerará extinguida la pena impuesta, siempre que durante ese término el sentenciado no diere lugar a un nuevo proceso que concluya con sentencia condenatoria.**

**En este último caso, el juzgador tomando en cuenta las circunstancias y gravedad del delito, resolverá si debe aplicarse o no la pena suspendida.**

**Los hechos que originan el nuevo proceso interrumpen el plazo de la suspensión, tanto si se trata de delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia ejecutoriada.**

**Si el sentenciado falta al cumplimiento de las obligaciones contraídas, el juez o Tribunal podrá hacer efectiva la pena suspendida o apercibirlo que si vuelve a faltar a algunas de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha pena.**

**A los delincuentes que se les haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo previsto en este artículo.**

El precepto a estudio, indudablemente es de aplicación general, en donde señala las hipótesis a través de las cuales la suspensión de la ejecución de la pena, quedará sin efecto, como lo es el caso que el sujeto vuelva a delinquir y se le condene por la comisión de un nuevo delito, falta al cumplimiento de las obligaciones contraídas, como lo son obviamente presentarse ante la Autoridad Judicial, no volver a cometer un delito de carácter doloso, si bien es cierto que en el párrafo V se establece que el Juzgador solo podrá apercibir al sujeto sentenciado que si vuelve a faltar alguna de las condiciones fijadas se hará efectiva dicha pena, con lo que se pudiera entender que tal sujeto sentenciado podrá obtener de nueva cuenta el beneficio y en consecuencia su libertad, esto de ninguna forma es así, pues es claro que se está hablando del Juzgador que sentencio por primera vez al sujeto, no así del Juez que lo sanciona por la comisión de un nuevo delito, el cual le podrá negar cualquier tipo de beneficio al reincidente, y más aún cuando no cumpla con los requisitos establecidos a lo largo de los artículos analizados, que son de aplicación general, por lo tanto estamos en presencia del Principio de Consunción.

Para finalizar el presente apartado y con el objeto de robustecer nuestras afirmaciones procedemos a transcribir la siguiente Jurisprudencia:

**CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES. EL ESTUDIO SOBRE SU OPERATIVIDAD, PUEDE REALIZARSE TANTO EN EL AUTO DE PROCESAMIENTO COMO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.**

En estricto acatamiento a los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de non bis in idem, previstos en los artículos 14 y 23 de la Constitución Federal, es cuando se dicta el auto de procesamiento, el primer momento en el que el órgano jurisdiccional tiene la obligación de analizar lo relativo a la operatividad del concurso aparente de tipos penales, ya que ello se encuentra supeditado a los datos o pruebas con las que cuenta para determinar si los hechos que se le atribuyen al inculpado son subsumibles o no en uno de los varios supuestos de hechos típicos penales. En contrapartida, el órgano jurisdiccional al no contar con esa inicial convicción que le generan los diversos elementos de prueba, encontraría un impedimento jurídico y fáctico para poder pronunciarse al respecto, resultando inaceptable obligarlo a que lo realice arbitraria o intuitivamente, con independencia de que, si en el auto de procesamiento en forma provisional no estuvo en condiciones de hacerlo, posteriormente pueda llevar a cabo el estudio de mérito. Por otra parte, exista o no el estudio sobre la operatividad del concurso aparente de tipos en el auto de procesamiento, al momento de dictarse la sentencia es cuando el juzgador en forma definitiva debe resolver al respecto, es decir, dar sustantividad propia a los hechos, precisamente porque el resultado al que se arribe habrá de trascender en las sanciones que, como consecuencia jurídica del delito, serán impuestas al acusado. En el caso de que se haya realizado el estudio en el auto de procesamiento, al dictarse la sentencia, las pruebas aportadas pueden conducir a la misma conclusión, o bien, a variar el criterio que se sostuvo inicialmente, sin que pueda sufrir variación alguna la base fáctica de la acusación.

Clave: 1a./J., Núm.: 158/2007

Contradicción de tesis 36/2007-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 5 de septiembre de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Tesis de jurisprudencia 158/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta y uno de octubre de dos mil siete.

Tipo: Jurisprudencia por Contradicción

#### 4.1 CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 246 PARRAFO V DEL CODIGO PENAL.

Es así que en este punto y para los fines del presente trabajo procederemos a analizar lo establecido en el artículo 246 párrafo V, que se encuentra en el Capítulo X, Disposiciones Comunes, y lo señalado en los artículos previstos en los Capítulos VII y VIII del Código Penal para el Distrito Federal, para ir estableciendo precepto por precepto, cuáles serían las consecuencias jurídicas en el caso de no aplicarse el Principio de Consunción, para lo cual se hace necesario la transcripción de los mismos.

**Artículo 246.** Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

...

**Párrafo V: 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 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, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.**

Como primer punto advertimos de la simple lectura del párrafo V, establece que todos los sentenciados por los delitos de Abuso de Confianza y Fraude en sus diferentes especies, podrán obtener su libertad una vez que lleven a cabo la Reparación del Daño, y se decrete la potestad de ejecutar las penas y medidas de

seguridad, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que se le ha reparado el daño patrimonial.

Pues bien, es del todo claro que lo establecido en el artículo 246 párrafo V, se contrapone con lo señalado en el Título Cuarto, Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, precisamente en los Capítulos VII y VIII, artículos 84 a 88, y 89 a 91, todos en relación al artículo 72 del Código Penal, y para precisar nuestra afirmación se hace necesario transcribir dichos preceptos e ir señalado en forma precisa, cuál sería la consecuencia jurídica en cada artículo.

**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...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 a delinquir...;

**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.**

Del precepto antes transcrito, se establecen los parámetros dentro de los cuales se moverá el Juzgador al momento de determinar al quantum de la pena privativa de libertad o la medida de seguridad al instante de dictar sentencia, tomando en cuenta el artículo la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, situaciones que deben prevalecer en toda clase de delitos, sin exclusión alguna, pues no la señala el precepto en análisis.

**Artículo 84. (Sustitución de prisión). El Juez, considerando lo dispuesto en el artículo 72 de este Código, podrá sustituir la pena de prisión, en los términos siguientes:**

**I Por multa de trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad, cuando no exceda de tres años; y**

**II Por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando no exceda de cinco años.**

La equivalencia de la multa sustitutiva de la pena de prisión, será en razón de un día multa por un día de prisión, de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado.

Como podemos ver el párrafo V del artículo 246, se contrapone a lo dispuesto por lo señalado por el artículo 84 en sus fracciones I y II, ya que el primer precepto indicado sin tomar en cuenta la pena de prisión, es decir, aunque exceda tal pena en más de cinco años que se le imponga al sentenciado, éste podrá obtener su libertad, lisa y llana, con sólo pagar la reparación del daño y que el denunciante o querellante hagan la manifestación que se den por satisfechos de la reparación del daño, lo que traería como consecuencia, que toda aquella persona que se dedique a la comisión de delitos patrimoniales, como lo son el fraude en sus diferentes especies o del delito de abuso sexual, tendrá siempre abiertas las puertas de nuestra ley para cometer esta clase de ilícitos, ya que no importara cuantas veces el sujeto cometa esta clase de faltas, ni la pena que el Juzgador le pudiese imponer, pues siempre podrá obtener su libertad.

**Artículo 86.** (Condiciones para la sustitución). La sustitución de la sanción privativa de libertad procederá, cuando se cubra la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado.

Es claro que este precepto esta adminiculado con lo establecido en el artículo 84, es decir, la sustitución de la sanción privativa de libertad no procederá, únicamente cubriendo la reparación del daño, sino además cubriendo los demás requisitos como lo son que la pena de prisión no exceda ni de tres, ni de cinco años de prisión, por lo que en caso de otorgar la libertad del sentenciado con sólo pagar la Reparación del Daño, se estaría transgrediendo lo establecido en el citado artículo 84.

**Artículo 87.** (Revocación de la sustitución). El juez podrá dejar sin efecto la sustitución y ordenar que se ejecute la pena de prisión impuesta, en los siguientes casos:

**I Cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueran señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si incurre en una nueva falta, se hará efectiva la sanción**

**sustituida. En estos casos, se fijará garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con motivo del sustitutivo concedido; o**

**II Cuando el sentenciado se le condene en otro proceso por delito doloso grave. Si el nuevo delito es doloso no grave o culposo, el Juez resolverá si debe aplicarse la pena sustituida.**

**En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el sentenciado hubiera cumplido la pena sustitutiva.**

El presente artículo es claro, el Juez dejará sin efecto la sustitución de la pena de prisión, cuando el sentenciado no cumpla con sus obligaciones, y esto puede suceder porque el sentenciado haya cometido un delito doloso grave del mismo género, es decir, que el sujeto tenga la inclinación por cometer delitos de carácter patrimonial, como lo son el fraude en sus diferentes especies o abuso de confianza, con el sólo hecho de pagar la Reparación del Daño, se estaría contradiciendo lo que establece una norma de aplicación general, haciendo una exclusión y de esta forma beneficiando a un sector de aquellas personas que tienen inclinación por cometer conductas desviadas, que no serían castigadas con pena privativa de libertad, no pagando la deuda que tienen con la sociedad.

**Artículo 89. (Requisitos para la procedencia de la suspensión). El juez o el Tribunal, en su caso, al dictar la sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:**

**I Que la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años de prisión;**

**II Que en atención a las condiciones personales del sujeto, no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para que fueron impuestas; y**

**III Que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El juez considerará además la naturaleza, modalidades y móviles del delito.**

El artículo antes transcrito, es sumamente claro, para la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena, señala en forma cabal cuales son los requisitos a cubrir, por lo tanto si un sujeto que ha cometido un delito patrimonial como lo son el fraude en sus diferentes especies o Abuso de Confianza, y la pena de prisión que imponga el Juzgador en la sentencia rebasa dicha pena, o en el caso de que ésta menor de cinco años, pero el individuo cuenta con antecedentes personales negativos, de ninguna forma tendrá derecho a obtener el beneficio aquí establecido, y mucho menos obtener su libertad sin repercusión alguna, porque de ser así, se estaría trasgrediendo el principio de igualdad, en donde la aplicación de las penas y medidas de seguridad deben aplicarse a todos los ciudadanos que ha cometido un conducta criminosa, sin excepción alguna, sin privilegios, esto claro está para conservar la convivencia en común de los individuos en sociedad.

**Artículo 90. (Requisitos para el goce del beneficio anterior). Para gozar del beneficio a que se refiere el artículo anterior, el sentenciado deberá:**

**I Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se fijen para asegurar su comparecencia ante la autoridad, cada vez que sea requerido por ésta;**

II Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza el cuidado y vigilancia;

**III Desempeñar una ocupación lícita;**

IV...

V...

En el presente artículo se establecen los requisitos para gozar del beneficio de suspensión de ejecución de la pena, y propiamente en la fracción:

I.- Se señalan cuales son: pero para poder cumplir con estos requisitos es claro que primero deben de cumplir con los establecidos en el artículo 89, es decir, que las penas que se le haya impuesto al sentenciado, sean menores de tres y cinco años, sino es así, no podrá gozar del citado beneficio, y mucho menos si se trata de un sujeto que con posterioridad vuelve a cometer un delito de carácter doloso grave.

III.- En esta fracción es contundente, pues no podrá gozar del beneficio ya mencionado si el sentenciado no desempeña una ocupación lícita, como lo es el caso de las personas que son reincidentes, es decir, que tienen una tendencia a cometer conductas ilícitas, por lo cual es obvio que representan un peligro para los integrantes de la sociedad, y deben ser castigados con penas de prisión todas aquellas personas que comenten ilícitos de fraude en sus diferentes especies y abusos de confianza, y más si presentan proclividad a cometer este tipo de delitos.

**Artículo 91. (Efectos y duración de las penas). La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa. En cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o Tribunal resolverá las circunstancias del caso. La suspensión tendrá una duración igual a la de la pena suspendida.**

**Una vez transcurrida ésta, se considerará extinguida la pena impuesta, siempre que durante ese término el sentenciado no diere lugar a un nuevo proceso que concluya con sentencia condenatoria.**

**En este último caso, el juzgador tomando en cuenta las circunstancias y gravedad del delito, resolverá si debe aplicarse o no la pena suspendida.**

**Los hechos que originan el nuevo proceso interrumpen el plazo de la suspensión, tanto si se trata de delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia ejecutoriada.**

**Si el sentenciado falta al cumplimiento de las obligaciones contraídas, el juez o Tribunal podrá hacer efectiva la pena suspendida o apercibirlo que si**

**vuelve a faltar a algunas de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha pena.**

**A los delincuentes que se les haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo previsto en este artículo.**

En el presente artículo se señala una situación de suma importancia, como lo es, que una vez que se haya cumplido por parte del sentenciado con todos los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena, ésta quedará extinguida, sin embargo esto no ocurrirá, si la persona vuelve a cometer un delito durante el tiempo en que está gozando del beneficio, y vuelva a ser sentenciado en forma condenatoria, es claro que el beneficio se le revoque, pues ya no podrá cumplir con lo que se le estableció al momento de otorgarle la suspensión, es decir, no podrá presentarse ante la autoridad judicial que lo sentencio en un primer momento, no podrá ya residir en el lugar al cual se obligo con el Juzgador que le otorgó la suspensión, no ha desempeñado una ocupación lícita, luego entonces, además de revocarle el beneficio, asimismo el Juez que lo condene nuevamente no deberá otorgarle ningún tipo de sustitutivo o suspensión, aunque cumpla con la obligación de la Reparación del Daño, esto sin duda en apoyo a lo establecido en los preceptos que hemos venido analizado, porque de hacerlo se insiste, se está violando el Principio de Igualdad, en la cual todos somos iguales ante la ley, tenemos los mismos derechos y obligaciones.

#### **4.2.- REINCIDENCIA.**

La reincidencia es aquella situación penal en que incurre el delincuente que habiendo sido juzgado y condenado en sentencia firme por un delito, comete otro u otros delitos. Si los delitos cometidos con posterioridad son de diferente tipo al anterior por el cual fue sentenciado y condenado como cosa juzgada, a esta reincidencia se le llama genérica. Si el delito en que incurre nuevamente es análogo o igual al antes cometido, se dice que la reincidencia es específica. La reincidencia es la recaída en el delito, luego entonces, es reincidente todo el que no es delincuente primario, sin que importen ni el lapso transcurrido entre uno y otro delitos ni el género ni la especie de éstos, entendiéndose que la reincidencia es genérica cuando consiste en la repetición de hechos delictuosos de cualquier especie que sean, y específica cuando son de la misma especie.

#### **REINCIDENCIA, DECLARACIÓN DE LA.**

Para la declaratoria y punición de la reincidencia es indiferente que los delitos que la motivan sean intencionales o imprudenciales.

Amparo directo 260/59. Antonio López López. 2 de abril de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Amparo directo 7450/59. Carlos Romo Andrade. 12 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez. Amparo directo 4643/61. Ramón Polanco Cárdenas. 21 de septiembre de 1961. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Amparo directo 8168/61. Eloy Vázquez Sánchez. 18 de enero de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 8271/62. Librado Zubia Ferrales. 21 de noviembre de 1963. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Apéndice 1917-1995 al Semanario Judicial de la Federación. Tomo II. Primera Parte. Primera Sala. Página 156. Los delitos actualmente son “dolosos” o “culposos”.

Apéndice 1917-2000 al Semanario Judicial de la Federación. Tomo II. Penal. Jurisprudencia SCJN. Página 217”.

En si reincidir es volver a incidir; pero en el sentido jurídico penal la reincidencia se distingue del concurso de delitos, con el que tiene de común la pluralidad de infracciones cometidas por el mismo sujeto, en que la recaída debe ocurrir después de que el delito anterior ha sido juzgado; y sólo es digna de tomarse en consideración cuando no ha transcurrido, entre los delitos cometidos, un tiempo que impida ya relacionar ambas infracciones como datos de una especial peligrosidad del sujeto.

Como causa de agravación de la pena es la reincidencia “y es la más importante porque es la que se refiere a la más difícil y al propio tiempo más ardorosa de las funciones que al Estado corresponde desempeñar en punto de la criminalidad. Es reincidencia, en el sentido del Código Penal, la comisión de un delito por aquel individuo que hubiere sido ya penado por otro delito igual o análogo, o a quien se le hubiere perdonado por vía de gracia una pena que le hubiere sido impuesta”.

<sup>88</sup>A partir de la reforma de 1996, nuestro sistema penal regresa abiertamente al criterio de la peligrosidad para fijar e imponer el monto de la pena, es decir, incrementar la sanción en la reincidencia en delitos graves o sea en los determinados en el artículo 268 Fracción III, párrafo V del Código Procesal Penal para el Distrito Federal.

### **REINCIDENCIA, PROCEDENCIA DE LA.**

Para que válidamente se pueda tener a un acusado como reincidente, es requisito indispensable que la sentencia por la que se le condenó con anterioridad haya causado ejecutoria previamente a la comisión del nuevo delito.

Amparo directo 3136/60. Rogelio Sánchez del Toro. 6 de septiembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Amparo directo

---

<sup>88</sup> DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Derecho Penal Mexicano, La Reforma de 1996, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2010, pág. 19.

5925/60. Luis Alfaro Gómez. 31 de enero de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela. Amparo directo 1708/62. Miguel Muciño. 13 de febrero de 1963. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Amparo directo 9326/63. Eusebio de la Rosa Altuche. 6 de marzo de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ángel González de la Vega. Amparo directo 2321/63. Salvador Galván Ambriz. 13 de abril de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Apéndice 1917-1995 al Semanario Judicial de la Federación. Tomo II. Primera Parte. Primera Sala. Página 157. Apéndice 1917-2000 al Semanario Judicial de la Federación. Tomo II. Penal. Jurisprudencia SCJN. Página 218”.

Es necesario destacar que nuestro país, en fecha 10 de diciembre de 1984, adopto lo establecido en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificando dicha adopción en fecha el 23 de enero de 1986, el cual fuera Publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 6 de marzo de 1986 y con entrada en vigor el 26 de junio de 1987, en tal Convención se establece lo siguiente: “Los Estados Partes en la presente Convención, Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz del mundo, considerando, la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del 55, de promover el respeto universal y la observancia de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas cruelles, inhumanos o degradantes, teniendo en cuenta asimismo la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por la Asamblea General el

9 de diciembre de 1975, Deseando hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo...”.<sup>89</sup>

Por estas razones en nuestro país teóricamente, las penas tampoco deberían ser inhumanas ni degradantes, ya que básicamente son inhumanas las penas que no guardan proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor. La desproporcionalidad, de todos modos, sólo quita legitimidad constitucional a la pena cuando sea una desproporcionalidad en perjuicio del autor. Lo que sucede en nuestro país, en lo concerniente a los delitos patrimoniales en los que se castiga en forma severa a los autores del delito de robo, agravándolo con diferentes calificativas, es decir, una persona que se roba un celular puede alcanzar una pena mínima hasta de 6 años, sin tener derecho a obtener un beneficio o sustitutivo penal, más sin embargo esto no sucede en el delito de Fraude, en el cual no importa la pena de prisión que se le pudiera poner al autor del mismo, pues basta con que cumpla con el pago de la Reparación del Daño para que pueda obtener su libertad.

Este tipo de penas privativas de la libertad depende naturalmente de la concepción de la pena de la que se haya partido. Si se adopta una concepción preventivo-especial de la pena, ésta deberá proporcionarse con la tendencia del autor a la reincidencia. Esto es lo que quieren decir las disposiciones legales que requieren adecuar a la pena a la personalidad del autor o a las peculiaridades del delincuente. Si por el contrario, se adopta un punto de vista retribucionista, la proporcionalidad deberá dirigirse a la mayor o menor reprochabilidad del autor por el hecho concreto, pero es el caso que en nuestro país y más propiamente en el Distrito Federal, la fijación de las penas privativas de libertad no se tiene especificado cual es el fin del aumento de las penas de prisión, es decir, si se tiene un carácter preventivo-especial o retribucionista, ya que es claro que el aumento de la citada pena de ninguna forma ha impedido que se sigan cometiendo una gran cantidad de delitos de diversa índole y claro han ido en

---

<sup>89</sup> RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos ONU-OEA, Tomo II, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Primera Edición, México, 1994, pág. 570.

aumento los delitos patrimoniales, por lo tanto, lo que se sugiere es que hechos que afecten bienes jurídicos de poco valor o que importan lesiones de poca significación no sean reprimidos con penas que se puedan considerar desproporcionadas, cualquiera que sea la tendencia personal del autor a la reincidencia o el grado de su reprochabilidad.

Por otro lado, sabemos que la cárcel no sólo no transforma, sino que destruye a los detenidos y a sus familiares. Sabemos, por experiencia que sobre 10 reincidentes, al menos estos estarán de nuevo en problemas después de cinco años. Sabemos también que con prisión o sin ella, la delincuencia se verá redoblada en el espacio de un decenio. De ahí el sentimiento de utilidad de las cárceles.

En un pasado reciente, existía un excesivo optimismo en los centros de prevención y de pena, en cuanto a factores disuasivos y también como instituciones aptas para el tratamiento y la reeducación de los delincuentes. Con el pasar del tiempo, se observó que aun las nuevas instituciones se veían envueltas por las viejas lacras de las antiguas prisiones; drogas, corrupción, prostitución, alcoholismo y homosexualidad; huéspedes inseparables que semejan siameses condenados a permanecer de por vida unidos a ellas. Observamos, además cómo los tradicionales métodos de reeducación como el trabajo, la educación, los contactos con el mundo exterior, entraban en crisis y funcionaban poco o nada como instrumentos de resocialización.

Por otra parte, pensamos que es necesario que el delincuente y más si se trata de uno que ha delinquido por primera vez y siempre y cuando se trate de delitos denominados graves entre en contacto, aunque sea por breve tiempo con las actuales prisiones, a fin de que esta pena ejerza un efecto disuasivo sobre el individuo y lo haga desistir de cometer futuros delitos. Existen demasiados delincuentes peligrosos que han cometido delitos muy graves, que son incapaces y necios a cooperar para su readaptación y para cambiar de vida. Dejarlos en libertad, dándoles sólo una palmadita en la espalda para que se les pase el complejo de delincuente, resultaría no sólo más peligroso, sino que desataría una

mayor alarma social y empujaría a las víctimas a hacerse justicia con su propia mano.

“La finalidad de la pena es, principalmente la Prevención Especial, es decir, va dirigida básicamente a impedir que el sujeto en cuestión reincida, y se justificará como instrumento de repersonalización del individuo. En esta caso va implícita una segunda finalidad de Prevención General, ya que al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad, y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar la norma”.<sup>90</sup>

Aunque sus resultados como medio de reforma del penado hayan sido hasta ahora, poco satisfactorios, es innegable que un tratamiento reformador sólo es aplicable bajo un régimen de prisión; además, la prisión intimida a los delincuentes y a los no delincuentes, en una gran cantidad, y es medio irremplazable para evitar, al menos temporalmente, cuánto dura la reclusión en el establecimiento penal, la perpetración de nuevos delitos.

La prisión como pena debe cumplir fundamentalmente una función de prevención especial, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la prevención general. La prisión fortifica la prevención general, en su sentido de ejemplaridad, al demostrar que la punibilidad, es decir, la amenaza, no era vana.

Y en cuanto a la prevención especial, cumple esta función en principio, al aislar al delincuente de la sociedad, impidiéndole la reincidencia. Para la mayoría de los especialistas no bastaría lo anterior, ya que las prisiones se convertiría en simples albergues, es deseable que se cumpla además una función socializadora, en que se intente hacer del reo una persona socialmente apta para la convivencia en sociedad.

---

<sup>90</sup> RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit., pág. 95.

### 4.3.- IMPUNIDAD.

Si se pretende analizar el problema de la inseguridad prevaleciente de manera integral, es necesario analizar el índice de impunidad, por ser uno de los problemas que más agravia a la sociedad. En general en todo el país, pero particularmente en el caso de la Ciudad de México, la impunidad es uno de los problemas más graves ya que las estadísticas nos muestran que, tan solo de los delitos denunciados, en el mejor de los casos se castiga un 2 o 3 por ciento.

Según algunos datos<sup>[1]</sup>, en las últimas dos décadas, de 1980 a 2000, en el Distrito Federal se consignaron alrededor de 75 personas por cada 3,000 delitos denunciados, es decir que menos del 3% de los presuntos responsables fueron consignados (faltaría saber cuántos de éstos fueron sentenciados) mientras que el 97% de los presuntos delincuentes siguió en libertad. Las cifras oficiales arrojan que durante 1996 en el Distrito Federal se denunciaron poco más de 217 mil delitos<sup>[2]</sup> y se ejecutaron tan solo 4,826 órdenes de aprehensión, es decir únicamente el 2.2% de esos delincuentes purgaron alguna condena en la cárcel. Para el año 2000<sup>[3]</sup> se denunciaron poco más de 176 mil delitos en el Distrito Federal, de los cuales únicamente se consignaron 35,861<sup>[4]</sup>. Sin embargo, resulta prácticamente imposible conseguir información que nos permita conocer las órdenes de aprehensión giradas y ejecutadas durante 2000, aunque podemos suponer, casi con total seguridad, que la mayor parte de los delincuentes salió en libertad por no haberse integrado la averiguación correctamente.

A pesar de la falta de información, podemos observar que los niveles de impunidad que denotan las cifras son sencillamente inconcebibles: las consignaciones de averiguaciones previas se ubican alrededor del 10% sobre el total de los delitos denunciados; sobre esa misma cifra las órdenes de aprehensión son cerca del 5%, y finalmente las órdenes de aprehensión

ejecutadas se ubican en aproximadamente el 2%. Si estos datos resultan alarmantes en sí mismos, lo son aún más referidos a la cifra negra. La primera Encuesta Nacional sobre Inseguridad (ENSI-1) <sup>[5]</sup> en las entidades federativas llevada a cabo por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI), que tuvo como período de referencia todo el año 2001, reveló que en el Distrito Federal al menos un miembro del 39% de los hogares fue víctima de algún delito, aunque ello no se refleja ni pálidamente en las cifras oficiales ya que el 76% de delitos no fueron denunciados, entre otras razones porque las víctimas desconfían de las autoridades encargadas de perseguirlos, consideran que los trámites son largos y difíciles, o creen que denunciar es perder el tiempo. En este sentido, si únicamente se consigna aproximadamente al 2% de los delincuentes del total de delitos denunciados, podemos estimar a partir del total de delitos cometidos – denunciados y no denunciados- que arrojó la ENSI-1, que durante 2001 apenas se consignó al 0.6%, partiendo de la base de que se cometieron más de un millón y medio de delitos. Para darnos una idea de la diferencia que existe con otros países, basta señalar que en 1996, se cometieron en Japón 1,218 homicidios, de los cuales fueron resueltos 1,197, es decir el 98.3%, y se identificaron a 1,242 responsables por la comisión de los mismos 1,197 homicidios resueltos, exactamente la situación inversa que en el Distrito Federal. En el caso de Francia el porcentaje de esclarecimiento de homicidios se sitúa alrededor del 80% <sup>[6]</sup>.

Otro dato simple, pero a la vez interesante para medir la impunidad que existe en nuestro país es el análisis del número de internos en los centros de readaptación social, comparado por ejemplo con los Estados Unidos en donde hay más de 1 millón 200 mil internos, en México el número de reclusos para el año 2001 era apenas superior a los 166 mil.

En la mayoría de los países las estadísticas muestran los casos resueltos, es decir por la identificación y la condena del delincuente, en México estas estadísticas no existen y cuando circunstancialmente se analiza un período determinado los resultados arrojan niveles de impunidad que para quienes no viven la realidad de nuestro país, resultan inconcebibles. El agravio que la impunidad genera en la

sociedad incrementa el sentimiento de inseguridad, deteriora el nivel de vida de la ciudadanía y genera desconfianza en las corporaciones encargadas de prevenir y procurar justicia, ya que, sin lugar a dudas, los índices de impunidad apuntan a una colusión de éstos con el hampa. Pero aún más grave, provoca un sentimiento de desánimo y de desaliento para participar en programas comunitarios que nos permitan ir ganando espacios a la delincuencia, inclusive para aquella que es una obligación básica: denunciar los delitos de los cuales somos víctimas.

[1] Datos de Hector Teutli, Citado por Rene González de la Vega en “Políticas Públicas en Materia de Criminalidad”.

[2] De esas denuncias se iniciaron tan solo 22,262 averiguaciones previas, se consignaron 22,224 delincuentes y se giraron 10,179 órdenes de aprehensión en 1996.

[3] <http://www.pgjdf.gob.mx/estadisticas/totaldelitos.html>.

[4] Tanto la PGJ-DF como en el anuario estadístico del INEGI se maneja el dato de 182,455 averiguaciones previas iniciadas y 35,861 consignadas para el 2000.

[5] El levantamiento de la ENSI-1 diseñada y coordinada por el ICESI, fue realizado por las empresas Berumen y Asociados, BIMSA-Ipsos, Consulta Mitofsky y GAUSSC aplicando técnicas de diseño mundialmente aceptadas y con una muestra de 35,001 cuestionarios, más de 1,000 para cada entidad federativa. Para el caso particular del DF se realizaron 1,090 entrevistas en cada en vivienda a hombres y mujeres.

[6] El Universal, jueves 6 de febrero del 2003, Sección “C”.

Ahora bien, la impunidad en México tiene un rostro doble. Por un lado, se calcula que por cada 100 delitos cometidos, sólo en 1.6 se dicta sentencia condenatoria. Por otro, las irregularidades en el proceso y una política penitenciaria equivocada tienen en la cárcel a muchos inocentes o a personas que cometieron delitos menores y que en muchas ocasiones son primo delincuentes.

El sistema de justicia en México es ineficiente, inequitativo. Está muy cargado a la autoridad del Ministerio Público. Le da pocas garantías a la víctima de obtener la reparación del daño o restituirle la seguridad; y al acusado le plantea serias dificultades para tener justicia pronta, seguridad dentro de los penales y dignidad en el trato mientras es acusado. Es un sistema obsoleto, sobrepasado, congestionado y enfermo. Asimismo la política de seguridad nacional, está mal asignada, la realidad no cuadra con los recursos asignados para seguridad. La contradicción es que el presupuesto en este rubro se incrementa, pero no bajan los índices de violencia, el 75 por ciento de los recursos para seguridad se va a los delitos menores.

En un artículo de Miguel Carbonell, académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, titulado “Corrupción judicial e impunidad: el caso de México”, describe las cifras que Guillermo Zepeda publica en su libro Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México.

En un párrafo integra las estimaciones de la impunidad en el país. La llamada “cifra negra” (compuesta por los delitos efectivamente cometidos que no llegan al conocimiento de la autoridad) alcanza al 75 por ciento del total de delitos cometidos en México. En otras palabras, 3 de 4 delitos no se denuncian. Del 25 por ciento que sí son denunciados solamente se concluye la investigación ministerial en el 4.55 por ciento, pero se pone a alguna persona a disposición de los jueces solamente en el 1.6 por ciento del total de delitos cometidos. Es decir, de cada 100 delitos solamente 1.6 llega ante el conocimiento de un juez; las condenas judiciales alcanzan una cifra del 1.06 por ciento, lo que significa que la impunidad alcanza una horrorosa cifra del 99 por ciento.

Por lo que se asegura, que una política racional en materia de seguridad pública debe ser capaz de orientar las acciones colectivas hacia tres fines básicos: 1. Sancionar al criminal y proteger a la víctima, o sea proporcionar justicia; 2. Abatir las tasas delictivas, y 3. Ahondar y mejorar las relaciones entre la comunidad y las autoridades. Es así, que si bien es cierto, que estos fines pueden auxiliarse, es necesario tener presente que son independientes entre sí y ninguno de ellos sirve como medio para alcanzar los restantes. La afirmación anterior debe destacarse de manera muy especial, ya que muchos de los problemas de seguridad pública que tenemos surgen de creer que basta sancionar duramente al delincuente (lo que obviamente no pasa en los delitos patrimoniales de los que estamos hablando) para proteger a la víctima, disminuir la criminalidad y establecer un puente de confianza entre la ciudadanía y el gobierno. El aumento desmedido de las penas, sobre todo las de cárcel; los arrestos y detenciones indiscriminados y al azar; las injustas restricciones impuestas a garantías procesales, como ocurre con la libertad bajo caución y el empleo abusivo del arraigo, así como el crecimiento irracional de las poblaciones carcelarias, revelan de manera fehaciente que privilegiar ese fin no sirve para alcanzar los dos restantes.

Dicho de otra manera: es necesario castigar al delincuente porque le causó un daño a otro u otros seres humanos y toda sociedad racional debe brindarle justicia a sus miembros, pero a sabiendas de que hacerlo dista mucho de ser el medio ideal para abatir la criminalidad. Lo mismo ha de decirse del propósito de afianzar y mejorar las relaciones entre las autoridades y la población en materia de seguridad pública: castigar a los autores de un delito es insuficiente por sí solo. Hay otros medios, y más eficaces, para reforzar la confianza que han de unir al gobierno y la ciudadanía. No tendría sentido plantear una política criminológica dirigida a tales fines si no descansara en varios postulados fundamentales.

Uno de ellos es el respeto irrestricto a los derechos humanos y a las garantías constitucionales. Otro es que las acciones que se emprendan han de procurar causar el menor daño posible y deben estar sujetas a una evaluación objetiva permanente, condición que implica, entre otras cosas, una transparencia auténtica y una verdadera rendición de cuentas. Uno más es que las bases de una política

criminológica no pueden estar subordinadas a las necesidades o caprichos del poder: su aplicación debe ser independiente del partido que controle al Ejecutivo y de los cambios que ocurran en la administración pública. Así como es básica la continuidad y la constancia en los programas, es también imprescindible que las disposiciones jurídicas relativas incorporen las líneas generales de las bases que aquí se presentan.

Como puede advertirse, la impunidad es una tasa que resulta de dos factores. Uno es el total de delitos cometidos o, en ocasiones, el total de delitos oficialmente registrados por las autoridades. El otro es el total de casos en los cuales se detuvo a un posible responsable o, también ocasionalmente, el total de casos en los cuales un acusado llegó a recibir una sentencia condenatoria. Importa destacar con precisión estos dos factores porque es muy difícil que las instituciones de seguridad pública aumenten el número de detenidos o sentenciados. Cuando llegan a hacerlo, casi siempre se debe a que multiplicaron las detenciones indebidas o están violando de manera reiterada las garantías procesales de los acusados. El camino más eficaz para reducir la impunidad y conservar intocados los derechos humanos es actuar sobre el primero de los factores mencionados, es decir: la mejor manera de disminuir la impunidad es reducir el número de crímenes que se cometen.

Para lograr esto es necesario llevar al cabo algunas reformas jurídicas e institucionales impostergables. Listamos las más importantes: 1.1. Lograr que se le conceda una importancia semejante a las tareas preventivas y a las de procuración de justicia; 1.2. Explorar el desarrollo de sistemas de resolución de conflictos no penales como la llamada justicia restauradora, sobre todo en los delitos que se persiguen por querrela; 1.3. Restablecer la proporcionalidad entre el monto de la pena y el daño causado por el delito; 1.4. Afinar las leyes sustantivas y procesales necesarias para lograr que la víctima participe como una parte importante en el proceso, pueda vigilar detalladamente el desarrollo de su caso y consiga la reparación del daño; 1.5. Algunos derechos procesales del inculpado deben ser reforzados. Lo demandan de manera muy particular el principio de presunción de inocencia.

Es posible reducir la criminalidad, sea la del orden común, sea la del federal, y tenga origen en los roces inevitables entre los miembros de un grupo social o en los intereses a los que responde el crimen organizado. Es necesario tener presente, sin embargo, que unos y otros exigen de técnicas e instrumentos diferentes, lo que es muy distinto a establecer un régimen jurídico de excepción, como se ha hecho con la delincuencia organizada, lo que resulta inaceptable. Hay, no obstante, una regla general: no es únicamente por medios coactivos que tocan sólo a los síntomas como han de enfrentarse los diversos delitos, sino buscando y precisando las causas que les dan origen y las circunstancias en las que suelen ascender o descender. Lo anterior no implica que no deba castigarse a quien comete un delito, puesto que la justicia lo exige, sino que, al plantearse como fin reducir el número de delitos que se cometen, debe dársele a las vías penales un lugar secundario y privilegiar las acciones que actúan sobre las causas. Puesto de otra manera: reducir la delincuencia no es propiamente tarea de las policías, las procuradurías y los tribunales, cuya función central es proporcionar justicia, sino responsabilidad fundamental del Ejecutivo. Abatir el crimen es el resultado de un buen gobierno.

Para abatir la delincuencia es necesario hacer todo lo que se asocia a un buen gobierno. Ahondar y mejorar las relaciones entre la comunidad y las autoridades. Afecta a la seguridad pública un grave problema de desconfianza: la población no cree en sus autoridades y juzga falsos, por desgracia muy a menudo con razón los informes oficiales. Punto particularmente conflictivo es el hecho de que los funcionarios insisten en afirmar que la criminalidad está bajo control y a la baja mientras la ciudadanía sostiene lo contrario.

La desconfianza es muy corrosiva, sobre todo en esta área, ya que por un lado impide que la población y las autoridades unan fuerzas contra el crimen y, por el otro, que reconozcan la presencia y la influencia de otros factores, como los medios, que al magnificar la presencia del crimen, estimulan el temor y la sensación de indefensión. Como podrá suponerse, la desconfianza es mutua: si los ciudadanos no creen en su gobierno, los funcionarios públicos creen que la población está integrada por grupos sin más afán que protestar, quejarse y crear

problemas. Al sugerir, por ejemplo, que se formen consejos ciudadanos para vigilar el desempeño de alguna institución o sugerir nuevos cauces de acción, la respuesta de la población es la apatía y el desgano, y la oficial es poner al frente de los consejos a incondicionales que no les planteen demanda alguna. Se trata, sin duda, de un círculo perverso que es necesario romper en beneficio mutuo y en perjuicio de los criminales.

El gobierno debe poner la mayor parte ya que representa institucionalmente a toda la sociedad. Los primeros pasos deben estar destinados a mejorar los servicios que ofrecen policías, procuradurías y tribunales. Se tiene que hacer lo necesario para transformarlas en instituciones amables con el público, dispuestas a atenderlo y entenderlo, y a usar su discrecionalidad en beneficio de quienes demandan sus servicios. Tienen, además, que convertirse en instituciones dispuestas al cambio y al aprendizaje: la única manera de llegar a brindar justicia y colaborar en la lucha contra el crimen es distinguir las acciones que sirven de las que son inútiles, multiplicando las primeras y dejando de lado las segundas. En este sentido se recomienda: Establecer un programa que consiga orientar la lealtad de las policías hacia la ciudadanía. A este fin es necesario: a) Suspender los operativos en los cuales se detengan personas o vehículos al azar, así como aquellos en los que se efectúen cateos o revisiones no autorizados por la autoridad judicial.

Los grupos especiales de reacción deben ser retirados de los espacios públicos, a fin de que en tales espacios sólo permanezcan los policías asignados a programas de naturaleza comunitaria; a) La mayoría de las acciones policíacas deben estar dirigidas a responder y atender las solicitudes de auxilio de la población. El primer paso para que el ciudadano pueda confiar en sus policías es que pueda convocarlos para su protección y ayuda a sabiendas de que será atendido; b) El segundo paso implica la interacción con la comunidad, única manera de resolver los problemas antes de que estallen y de romper los patrones delictivos de los focos criminógenos. Es imprescindible, a la vez, mejorar los ingresos y prestaciones de todos los miembros de los cuerpos policíacos, así como su preparación y entrenamiento. La instrucción que reciban los agentes policíacos

debe dotarlos de solidez técnica, de una orientación humanista, y de la capacidad necesaria para resolver problemas mediante el ejercicio de un criterio profesional autónomo. Esto requiere, por una parte, de una transformación de la policía preventiva. A fin de que sea capaz de desactivar conflictos y así prevenir posibles delitos, y, por la otra, de la instauración de una carrera policiaca, similar en profundidad y exigencia a una carrera universitaria, en la que se formen óptimamente los policías que requerimos. Descentralizar el mando y dividir la organización policiaca, no sólo permite manejar unidades más pequeñas, agilizar las acciones y lograr una más rápida adaptación al cambio, sino establecer vínculos más sólidos con la comunidad. Sin embargo, por supuesto, la coordinación de las acciones policiacas a nivel nacional es imprescindible. Esta función ha de ser realizada por el Sistema Nacional de Seguridad Pública y por la Secretaría de Seguridad Pública del Gobierno Federal.

Darle a la víctima, a los ofendidos, al denunciante y al inculpado la posibilidad de supervisar de manera permanente la averiguación. Para ello, y para agilizar el trámite, ayudaría la aplicación de la tecnología digital en la integración de las averiguaciones previas. Es de particular importancia cambiar la idea de que el Ministerio Público actúa sólo en representación de la sociedad: es también un representante y un defensor de la víctima, del denunciante o del ofendido.

La posibilidad de otorgarle autonomía a las procuradurías y separarlas del Poder Ejecutivo requiere de un examen muy detenido. Es extremadamente peligroso dejar a las procuradurías sin control alguno. Una posibilidad sería establecer mecanismos eficaces de control ciudadano ajeno a posturas partidarias o ideológicas, ejercido por especialistas prestigiados. Es urgente iniciar la reorganización administrativa del trabajo de los tribunales penales. Además de modernizar su estructura y funcionamiento, es necesario establecer sistemas de gestión que aseguren el flujo eficaz del trabajo, el manejo adecuado de los casos pendientes y la captura y recuperación de la información.

#### 4.4. EXPOSICION DE CASO PRÁCTICO.

En este apartado se transcribirá la parte de una sentencia que fuera emitida por H. Juzgado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, precisamente por un ilícito de Fraude Genérico, lo anterior con el objeto de demostrar que los Juzgadores, no están aplicando el Principio de Consunción, cuando se presenta un Concurso de Normas, principalmente cuando se trata de la aplicación de penas privativas de la libertad y el otorgamiento de beneficios como son: sustitutivos o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, ya que no se toman en cuenta los requisitos que se requieren para su otorgamiento, lo que como ya se asentó rompe con la Garantía Constitucional de igualdad entre las partes, siendo nuestro Derecho Penal, un medio de sometimiento para las clases económicamente más desprotegidas, para comprobar nuestra afirmación se señala el siguiente ejemplo:

SENTENCIA.- México, Distrito Federal, a 18 de de Octubre del 2011 dos mil once.

- - VISTAS para emitir la sentencia correspondiente a la causa 199/2010, las actuaciones que la integran, instruida sobre la base del delito de FRAUDE GENERICO, en agravio de “BANCO INBURSA, SOCIEDAD ANONIMA, INSTITUCION DE BANCA MULTIPLE, GRUPO FINANCIERO INBURSA, a partir de la Acción Penal entablada en contra del ahora enjuiciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA....; acusado que actualmente se encuentra en prisión preventiva, interno en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente del Distrito Federal.

...

...

En merito a lo expuesto, fundado, y con apoyo en lo establecido por los artículos 14,16 y 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se:- - - -

-----

## **R E S U E L V E .**

PRIMERO.- MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, es penalmente responsable de la comisión en calidad de cómplice, del delito de FRAUDE GENERICO. Por la perpetración delictiva, gravedad del hecho circunstancias exteriores de ejecución y peculiares del sentenciado. SE LE IMPONE LA PENA TOTAL DE. SIETE AÑOS, 11 ONCE MESES, 18 DIECIOCHO DIAS DE PRISION Y 637 SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE DIAS MULTA, EQUIVALENTES A LA CANTIDAD DE \$33,499.83 (TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS)...Por otra parte, en lo que respecta a la pena de prisión impuesta, deberá compurgarla en el Centro Penitenciario, debiéndose observarse el descuento del tiempo en que el enjuiciado fue detenido, así como se ha mantenido en prisión preventiva, ello en vinculación con el hecho delictivo de la condenación, a contarse desde el día 3 tres de septiembre del 2010 dos mil diez, fecha en la que fue detenido y relacionado con el hecho delictivo de la condena, y hasta que se dé cumplimiento a tal sanción, bajo la consideración de que el sentenciado se mantiene aún en prisión.

SEGUNDO.- Se condena al sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, a la reparación del daño derivado del delito cometido, y concretamente a lo que respecta a su carácter material, y hacia el cumplimiento de dicha condena, debe el sentenciado PAGAR a la empresa afectada "BANCO INBURSA", SOCIEDAD ANONIMA INSTITUCION DE BANCA MULTIPLE, GRUPO FINANCIERO INBURSA, a través de quien legalmente la represente, y ante su irrecuperación, la cantidad de dinero en efectivo de \$24,717,933.22 (veinticuatro millones setecientos diecisiete mil novecientos noventa y tres pesos 22/100 M.N).

TERCERO.- Se le niega al sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, LA SUSTITUCION DE LA PENA DE PRISION IMPUESTA, toda vez que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 84 del Código Penal...Asimismo, se niega al sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, LA SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LAS PENAS, por no cubrir los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley Sustantiva...”.

CUARTO.- Se ordena la suspensión de los derechos políticos del sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, la cual comenzara desde que cause ejecutoria la presente resolución y concluirá cuando se extinga la pena privativa de libertad de la que es consecuencia, y para cumplimiento de lo anterior, debe remitirse copia de esta Resolución a la Vocalía Estatal del Registro Federal de Electores del Instituto Electoral en el Distrito Federal...”.

QUINTO.- En virtud de que ninguna de las partes manifestó por escrito su consentimiento para el efecto de que se publicarán sus datos personales..., la cual no podrá divulgarse por un periodo de siete años, contados a partir de la fecha en que se generó el presente expediente.

SEXTO.- Hágase del conocimiento de las partes, y especialmente al sentenciado, el derecho y plazo de 5 CINCO DIAS hábiles, a partir de la fecha de notificación de esta resolución, para interponer el recurso de apelación en su contra, en caso de inconformidad con la misma.

SEPTIMO.- Notifíquese...; así como archívese la causa de esta resolución, como asunto concluido.

- - ASÍ, DEFINITIVAMENTE LO SENTENCIO Y FIRMA ESTA RESOLUCION, CONFORME A LO PREVISTO POR EL ARTICULO 74 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL LICENCIADO LUIS ALBERTO ROCHA PRIEGO, JUEZ QUINCUAGESIMO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

Pues bien, de lo anteriormente transcrito se puede ver con claridad que el C. Juez Quincuagésimo Penal, en los resolutivos de su Sentencia le niega cualquier tipo de beneficio al condenado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, es más el antes mencionado no se inconformó con dicha Resolución, es decir, no interpuso el Recurso de Apelación, lo que nos lleva a establecer que estaba conforme con la misma, aceptando su Responsabilidad Penal en la comisión del delito de FRAUDE GENERICO, por el cual se le sentencio, imponiéndosele una pena de prisión de 7 SIETE AÑOS, 11 ONCE MESES, 18 DIAS, pero es el caso que una vez pasado el término para interponer el Recurso señalado para todas las partes y habiendo causado ejecutoria la citada Sentencia, MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA promovió un Incidente no Especificados, que se encuentra previsto en el Titulo Quinto, con denominación Incidentes, Capítulo VIII,

- - - **Razón.** En fecha 2 dos de noviembre 2011 dos mil once de, la Secretaria de Acuerdos, recibe y da cuenta al C. Juez, con el escrito y el billete de depósito K 950638, que lo acompaña, signado por el sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, lo que se hace para los efectos legales a que haya lugar. - - - - -

- - - - **Doy fe.** - - - -

- - - **Auto.** En México, Distrito Federal, 3 tres de noviembre de 2011 dos mil once.-

- - - - -

- - - **Vista**, la razón que antecede, téngase por recibido el escrito y el billete K 950638, que lo acompaña, signado por el sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, agréguese a sus autos en términos del artículo 232 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Y en atención a su contenido se tiene al sentenciado de mérito, exhibiendo el billete de depósito K 950638, por la cantidad de \$24,717,933.22 (veinticuatro millones setecientos diecisiete mil novecientos noventa y tres pesos 22/100 M.N), como pago de la reparación del daño, a que fue condenado en sentencia dictada por este juzgado, en esos términos se le tiene por pagada la reparación del daño. En tal virtud de que se trata de un sentenciado ejecutoriado que está cubriendo en su totalidad la reparación del daño, a efecto de quede en libertad inmediata y sea posible extinguir la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad. En consecuencia gírese cédula de notificación de manera urgente al representante legal de Inbursa Banco, Institución de Banco Múltiple Inbursa, Grupo Financiero, a efecto de que comparezca en el local de este juzgado, en un término de 24 veinticuatro horas, a partir de su notificación, para que manifieste de manera expresa que le ha sido resarcido el daño en el presente asunto, así como le sea entregado el billete de depósito en mención; para el caso de que no asista dentro del término establecido, se le tendrá por consentido en forma tacita respecto del pago de la reparación del daño, de igual forma se le hace saber que cuenta con un término de 90 días hábiles, para el caso de no concurrir en el plazo que le fue señalado se entenderá como una renuncia a la citada reparación; por lo tanto se remitirá al Fondo de Apoyo a la Procuración de Justicia y al Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia del Distrito Federal, en un cincuenta por ciento para cada uno, con fundamento en el artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal. Y una vez hecho lo anterior se acordará lo procedente respecto de la multa impuesta, así como de la libertad del sentenciado de mérito, lo anterior con fundamento en los artículos 51 y 246 del Código Penal para el Distrito Federal. - -

- - - - - **Notifíquese y cúmplase.** - - - -

**Razón.- En 5 cinco de noviembre de 2011 dos mil once, la Secretaria de Acuerdos, recibe y da cuenta al Juez, con el escrito signado por el C. Fernando Corcuera González, apoderado legal de la empresa Banco Inbursa, lo que se hace para los efectos legales a que haya lugar.- - - - -**  
**-----Doy fe.-----**

**COMPARECENCIA.- México, Distrito Federal, a 8 ocho de noviembre de 2011 dos mil once.- - - - -**

----- Enseguida y en la misma fecha, comparece en el local de este Juzgado el Ciudadano **FERNANDO CORCUERA GONZÁLEZ, apoderado legal de la empresa Banco Inbursa, Institución de Banco Múltiple Inbursa, Grupo Financiero**, quien se identifica con la credencial para votar número de folio 11891892, expedida a su favor, por el Instituto Federal Electoral; identificación que presenta una fotografía, la cual, concuerda con los rasgos fisonómicos del compareciente, documento del que se da fe, se agrega copia certificada a sus autos y el original se devuelve al interesado. Además, dicho compareciente en este acto exhibe el original de su poder notarial que lo acredita como representante legal de la empresa Banco Inbursa, documento del que se da fe, se agrega copia certificada a sus autos y el original se devuelve al interesado; y quién en uso de la palabra manifestó: que en este acto, ratificó el escrito de fecha 8 ocho de mayo de 2009 dos mil nueve, constante de 3 tres fojas útiles, en el que hago valer alegatos, con el fin de que ésta Autoridad, los tome en cuenta, para el acuerdo que recaiga sobre la petición del sentenciado ejecutoriada MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, mismos que deseo especificar, manifestando, lo siguiente: queda claro que el artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal, en su último párrafo establece: “Que podrá obtener su libertad inmediata, cuando cubra la totalidad de la reparación del daño y una vez que se decreta la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, por parte de la autoridad judicial, única y exclusivamente y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante que el daño patrimonial

ocasionado le ha sido resarcido. Quedando claro que los requisitos que se establecen en este párrafo son la reparación del daño, que la autoridad judicial, decreta la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad y como tercer requisito la manifestación expresa del denunciante o querellante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.- Es evidente que el sentenciado ejecutoriado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, ha reparado el daño al exhibir ante este juzgado el billete de depósito K 950638, por la cantidad de \$24,717,933.22 (veinticuatro millones setecientos diecisiete mil novecientos noventa y tres pesos 22/100 M.N), de igual manera la ofendida ha considerado suficiente la cantidad antes mencionada, por concepto de reparación del daño, sin embargo es claro que los criterios que éste juzgado debe tomar para que se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, estén contempladas en el Título Quinto, cuyo rubro establece: “La extinción y la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad”, así mismo en su Capítulo Primero, en reglas generales en concreto el artículo 94, se establece: “Que la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, se extinguen, si la situación del sentenciado y ejecutoriado recaen en alguna de las hipótesis que establece este mismo artículo”, hipótesis que han quedado trascritas en el escrito que anteriormente quedó ratificado, siendo evidente que la situación del señor MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, no encuadra en ninguna de las 11 (once) hipótesis que establece el artículo 94 del Código Penal, por lo que al no encuadrar en ninguna de estas, ésta Autoridad no le es posible decretar, la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, ya que como anteriormente lo manifesté, los criterios que debe tomar esta Autoridad para determinar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, están contemplados en el artículo 94 del Código Penal para el Distrito Federal. Lo anterior en virtud de que el artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal, en su último párrafo transcribe textualmente el rubro del Capítulo Quinto del Código Penal para el Distrito Federal.- Así mismo me permito exhibir copia certificada de la sentencia definitiva, dictada dentro de la causa penal 30/08, dictada por el Juez Décimo Octavo de

Procesos Penales Federales, así como la resolución, dictada dentro del Toca 57/2009, dictada por el Tercer Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, lo anterior a fin de que éste juzgado considere NEGAR el otorgar la inmediata libertad al sentenciado ejecutoriado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA.- - - -

- - - Finalmente, manifiesto que mi representada se da por satisfecha enteramente del pago de la reparación del daño patrimonial, en virtud de que ya obra en autos el pago al que ha sido condenado el sentenciado con lo que se resarce en su totalidad dicho concepto, solicitando atentamente se me haga entrega del billete de depósito, debidamente endosado a favor de mi representada, esto dijo y firma al margen para constancia legal. - - - - -

- - - - - Doy Fe.- - - -

- - - **ACUERDO: ENSEGUIDA EL CIUDADANO JUEZ, ACORDÓ:** Se tienen por hechas las manifestaciones vertidas en la comparecencia que antecede, para los efectos legales a que haya lugar.- Además, agréguese sus autos el escrito, así como las copias certificadas de las sentencias, presentadas por el C. Fernando Corcuera González, **apoderado legal de la empresa Banco Inbursa, Institución de Banco Múltiple Inbursa, Grupo Financiero**. Ahora bien se tiene al representante legal, compareciendo en éste H. Juzgado, de igual manera ratificando su escrito presentado por medio de oficialía de partes; y expresando los motivos por los cuales no se debe conceder la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, en cuanto a lo anterior este H. Órgano Jurisdiccional, resolverá en base a las constancias y conforme a derecho, así y a efecto de guardar transparencia jurídica dese vista al C. Agente del Ministerio Público de la Adscripción a efecto de que manifieste lo que a su derecho corresponda, en el mismo acto de la notificación a la fecha del dictado del presente proveído. Finalmente, se tiene al representante legal el C. Fernando Corcuera González, señalando que su representada la **Empresa Banco Inbursa, Institución de Banco Múltiple Inbursa, Grupo Financiero, se** ha dado por satisfecha del pago de la reparación del daño, toda vez que éste le ha sido

resarcido por medio del billete de depósito K950638, por la cantidad de \$24,717,933.22 (veinticuatro millones setecientos diecisiete mil novecientos noventa y tres pesos 22/100 M.N). . En consecuencia y como lo es solicitado por el propio representante, se le endosa el billete de depósito en mención, previo asiento de razón que por su recibo obre en autos, así como en el libro de valores, que se lleva en este H. Juzgado, debiendo dejar copia de su identificación como constancia así como del poder notarial que lo acredita como representante legal de la persona moral ofendida, para los efectos legales correspondientes.- - - -  
Notifíquese.- - - -

**Comparecencia.** El 8 ocho de noviembre de 2011 dos mil once, la Secretaria de Acuerdos, hace constar que se encuentra presente en el local de este juzgado la Agente del Ministerio Público adscrita a esta juzgado la Licenciado Fernando Peralta Briceño, manifestó de propia voz, que: vengo a desahogar la vista señalada por auto de ésta misma fecha que vistas las manifestaciones vertidas por el apoderado legal de la empresa Banco Inbursa Institución de Banca Múltiple Inbursa, Grupo Financiero, C. Fernando Corcuera González, así como las vertidas a través de su escrito, constante de 3 tres fojas útiles, ésta Representación Social, solicita a su Señoría sean tomadas en cuenta al momento de resolver sobre la petición del sentenciado ejecutoriado MAX REYES BALLEZA. Siendo todo lo que manifestó, firmando la margen para constancia legal.- - - - - **Doy fe.**- - - - -  
- - - - -

**Auto. México, Distrito Federal, a 8 ocho de noviembre de 2011 dos mil once.**-  
- - - - - **Vista**, la comparecencia que antecede, ténganse por hechas las manifestaciones del Agente del Ministerio Público adscrito a esta Juzgado. Y en base a lo solicitado por el Representante legal, de la empresa ofendida Banco Inbursa, Institución de Banco Múltiple Inbursa, Grupo Financiero, y lo señalado por el Agente del Ministerio Público de la adscripción, hágase saber a éstos que no ha lugar de acordar de conformidad la petición del primero, en el sentido de que no

es procedente la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, toda vez que el párrafo quinto del artículo 246 del Código Penal, que a la letra dice “El sentenciado ejecutoriado por delitos de Abuso de Confianza, Fraude, etc, sean perseguibles por querrela o de oficio, podrán obtener su libertad inmediata cuando cubra la totalidad de la reparación del daño y una vez que se decreta 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 es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido”.- Del cual se desprende que para que proceda la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad es necesaria la existencia de una sentencia definitiva, en las que corresponde en el delito de Fraude, que en el caso acontece, sea delito de oficio o de querrela, **sin exigir término de pena en su mínimo y máximo, que se haya cubierto el total de la reparación del daño**, compareciendo el ofendido, querellante o denunciante de que dicho daño le ha sido resarcido, tal y como aconteció, ya que de actuaciones se desprende que el sentenciado ejecutoriado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, exhibió el billete de depósito K 950638, por la cantidad de \$24,717,933.22 (veinticuatro millones setecientos diecisiete mil novecientos noventa y tres pesos 22/100 M.N), en base al resolutivo segundo de la sentencia dictada por este H. Órgano Jurisdiccional la cual incluso ha causado ejecutoria y tratándose de un delito de Fraude y compareciendo el representante legal de la empresa ofendida, señalando que su representada se daba por resarcida del daño patrimonial. Por otra parte y si bien es cierto fueron exhibidas varias documentales por medio de las cuales se informa que el sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, ha sido juzgado o procesado por otras Autoridades Jurisdiccionales, lo cierto es que este H. Órgano Jurisdiccional, le compete única y exclusivamente el asunto que se ventilo por el delito de Fraude, máxime de que no se trata de un beneficio o sustitutivo penal contemplados en los artículos 84 y 90 ambos del Código Penal para el Distrito Federal. reiterándose que el Capítulo Primero, en su artículo 94 del Código Punitivo, señala las reglas

generales y el artículo 246 del mismo ordenamiento, señala las reglas comunes o especiales, prevaleciendo ésta sobre la general.-----

- - - Señalando de acuerdo al artículo 246 del Código Penal del Distrito Federal, señala disposiciones comunes por lo cual al cubrirse todos los preceptos del articulado es procedente **DECRETAR LA EXTINCIÓN DE LA POTESTAD DE EJECUTAR LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD, A FAVOR DEL SENTENCIADO MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, por el delito de Fraude Genérico, toda vez que la empresa ofendida, ha expresado que le ha sido resarcido el daño patrimonial ocasionado, lo anterior con fundamento en el párrafo quinto del artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal. En consecuencia se ordena la inmediata Libertad del citado sentenciado, única y exclusivamente por lo que a ésta causa se refiere.-**

- - -Y toda vez que el sentenciado MAX ALEJANDRO REYES BALLEZA, se encuentra privado de su libertad en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente del Distrito Federal, gírese el oficio respectivo a dicha Autoridad, a efecto de que realice la tramitación administrativa conducente a la **INMEDIATA LIBERTAD** del citado sentenciado.- Gírese oficio al Director de Turno de Consignaciones Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, informándoles lo anterior. Expídanse las boletas y copias de ley a quien corresponda.- Háganse las anotaciones respectivas en el Libro de Gobierno del Juzgado.-----  
----- Notifíquese.-----

Así lo resolvió el Ciudadano Juez Quincuagésimo de lo Penal en el Distrito Federal **Licenciado LUIS ALBERTO ROCHA PRIEGO**, quien se encuentra asistido de la Secretaria de Acuerdos Licenciada **Laura Reynoso Escobar**, con quien autoriza, firma y da fe.-----  
----- Doy Fe.-----

De lo antes transcrito, resulta claro que el Juzgador afirma en primer lugar: que en el artículo 246 párrafo V, se establece una regla especial para **LA EXTINCIÓN DE**

**LA POTESTAD DE EJECUTAR LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD,** en tratándose de delitos de Fraude en sus diferentes especies y Abuso de Confianza, sin embargo, hay que destacar que en el artículo 94 del Código Penal para el Distrito Federal, precepto en el cual se prevé la extinción de la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, en ninguna de sus once Fracciones se señala que: el pago de la Reparación del Daño al denunciante o querellante y la manifestación de éstos de darse por satisfechos de dicha Reparación, sea una de las causas de extinción de la Potestad de Ejecutar Penas y Medidas de Seguridad, consecuentemente el artículo 246 de ninguna manera tiene prevista una regla especial que deba prevalecer sobre la general.

En segundo lugar, si bien es cierto que no se está hablando de un sustitutivo o beneficio, no menos cierto es que son los únicos medios previstos que tiene nuestra Ley Penal, para que una persona que ha cometido un ilícito pueda obtener su libertad, en los artículos 84 y 90 se establecen los requisitos con los que debe cumplir toda aquella persona que ha sido sentenciada con pena de prisión, por lo tanto si no cumple con los mismos de ninguna manera puede obtener ya no un beneficio o sustitutivo, sino su libertad lisa y llana, ya que de obtener la misma, no cumpliendo con requisito alguno y sin consecuencia jurídica alguna, se estaría violentando los preceptos ya indicados de nuestro Código Penal, y entonces si se está haciendo una ley especial para la gente que cuenta con recursos económicos y que con sólo pagar la Reparación del Daño y la manifestación del ofendido en el sentido de darse por satisfecho, sin importar que se trate de un ilícito grave, puede obtener su libertad en forma inmediata, dejándose a un lado la pena privativa de libertad y en consecuencia no pagar la deuda que tiene con la sociedad.

En tercer lugar, no se están tomando en cuenta los antecedentes penales con los que pueda contar el sentenciado, que sin duda alguna deben ser considerados al momento de la punición, en donde es el C. Juez debe graduarle la pena al sentenciado, y la cual debe ser enérgica y más si se trata de la comisión de delitos de la misma especie, aunado a que los mismos puedan ser graves, por lo tanto de ninguna manera una persona que es reincidente puede obtener su libertad lisa y

llana, con solo pagar la Reparación del Daño y que el denunciante o querellante se dé por satisfecha de la misma, todo lo contrario se le debe negar cualquier tipo de beneficio por el que pueda obtener su libertad, ya que de lo contrario nuestra Ley Penal no cumpliría con sus fines como lo es la prevención general del delito y su de presentarse éste su castigo, lo que traería como consecuencia en primer lugar la falta de obediencia de los ciudadanos hacia sus leyes y en segundo lugar impunidad.

En cuarto lugar, de ninguna forma es cierto que en el párrafo V del artículo 246 del Código Penal, se prevea una regla especial, ya que ésta como anteriormente lo indicamos supone, una relación lógica, entre las normas, la cual fundamenta la prevalencia de una sobre otra, luego entonces, en tratándose de los **TIPOS PENALES** es válido sostener que la especialidad requiere que un tipo éste íntegramente contenido en el otro, aún cuando no se precisa que los elementos descriptivos sean idénticos, ya que también es específica una disposición cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que en una figura es más importante una descripción más minuciosa del hecho, por lo que es claro que cuando se habla del Principio de Especialidad, es porque ha de aplicarse a tipos penales, conductas ilícitas, como los que se encuentran descritas en nuestro Código Penal, no así a las penas privativas de libertad o medidas de seguridad, que vienen siendo las consecuencias de tales conductas, ó a la extinción de la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, que sin duda alguna son tópicos distintos, consecuentemente el Principio de Especialidad no puede ser aplicado al artículo 246 Párrafo V, en relación a los artículos 84, 90 y 94, de acuerdo a los razonamientos antes señalados.

## **CONCLUSIONES:**

1.- En el presente trabajo, se ha podido demostrar que nuestros legisladores llevan a cabo reformas muy poco acertadas, esto se debe a que no cuentan con la preparación necesaria, al igual que sus asesores, ante esta falta de capacidad y de conocimiento de las causas económicas, sociales, culturales y de política criminal que originan el delito, ha causado que sus citadas reformas propiamente al Código Penal, como lo fue la adhesión del párrafo V del artículo 246, tenga como consecuencia que lo establecido en los artículos 84 a 90 y 94 del mismo ordenamiento, quede sin efecto alguno, que se vuelva letra muerta, para aquellas personas que cometen delitos patrimoniales como son Fraude en sus diferentes especies o Abuso de Confianza, haciendo con esto un derecho con privilegios para la gente que tiene tendencia a la comisión de este tipo de conductas, pues no importa cuántas veces ingrese a prisión y sean sentenciados, siempre obtendrán su libertad, haciendo que los Jueces ya no tomen en cuenta los antecedentes penales de este tipo de reincidentes, ni que la pena de prisión sea mayor de cinco años de prisión, es decir, que el delito sea grave, ya que estos delincuentes siempre podrán obtener su libertad, lo cual sin duda alguna deja a un lado en forma total la prevención general del delito y la falta del castigo del mismo, creando con ello impunidad y la falta de credibilidad de los ciudadanos en sus leyes, y lo que es más su desobediencia a las mismas.

2.- En ese orden de ideas, es necesario que nuestros legisladores y sus asesores cuenten con una mejor preparación, no necesariamente deben ser Licenciados en Derecho, pero sí que tengan conocimientos sobre las causas por las cuales un individuo se vuelve delincuente, para de esta forma saber cómo las van enfrentar y resolver, para ello se considera oportuno la creación de un Instituto de formación legislativa y política, que no pertenezca a ningún partido político, el cual tenga por objetivo la preparación de la gente que quiera ocupar los cargos de elección

popular como son los Diputados Locales, de esta forma las propuestas de reforma a nuestras legislaciones tendrán congruencia, mejor aplicación, porque sin duda alguna estarán dirigidas a resolver de raíz las causas que originan que un niño, adolescente o adulto se conviertan en criminales.

3.- Ahora bien, en cuanto al artículo 246 párrafo V, se propone lo siguiente:

A).- Que el párrafo V, sea derogado, con lo cual se busca que lo establecido en el Título Cuarto, Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, Capítulos VII y VIII, no se convierta en letra muerta, que los requisitos establecidos en los artículos 84 a 90, sean aplicables para todas las personas que hayan cometido un delito, y solamente aquellos que cumplan con los mismos, puedan obtener su libertad a través de un beneficio, para lo cual la pena de prisión impuesta en la sentencia, no sea mayor de 5 cinco años, que se trate de un sujeto primo delincuente, que pague la reparación del daño, que presente la caución que le fuere solicitada por el Juzgador y que cumpla con lo que le solicite la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal, todo esto aunado a las consecuencias jurídicas que con lleva el haber actuado ilícitamente, es decir, en el caso de volver a delinquir el sujeto reincidente no tenga derecho a que se le otorgue beneficio alguno, consecuentemente no pueda obtener su libertad, trátase del delito que se trate, buscando con ello que se respete el principio de igualdad.

B).- Una segunda opción, se propone que el párrafo V, sea reformado, en el siguiente sentido: “El sentenciado ejecutoriado por los delitos de Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta, sean perseguibles por querrela o de oficio, podrán obtener su libertad bajo uno de los beneficios establecidos en los artículos 84 a 90, dependiendo de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto, para lo cual deberá cubrir la totalidad de la reparación del daño Y HAYA CUMPLIDO CON LA MITAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD QUE SE LE HUBIESE IMPUESTO EN LA SENTENCIA Y DE TRES CUARTAS PARTES DE

LA MISMA CUANDO SE TRATE DE UN SUJETO REINCIDENTE, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido". Tal reforma tiene por objeto que si la intención del legislador al crear el párrafo V, es que los sentenciados se vean motivados a pagar el daño económico que le han causado a los querellantes o denunciantes, para de esta forma poder obtener su libertad, con la reforma que se sugiere se sigue manteniendo esta motivación, pero con las consecuencias jurídicas que conlleva al haber cometido un delito, de esta forma se evitara que los sujetos que cometen este tipo de ilícitos obtengan su libertad lisa y llana, con el simple hecho de pagar el daño patrimonial causado; además la prevención general tendrá vigencia en este tipo de conductas, pues al no obtener los sentenciados su libertad de forma tal fácil, se lograra que este tipo de conductas se disminuya; asimismo no quedara sin castigo los individuos que realicen este tipo de delitos patrimoniales, lo que de igual forma traerá consigo la prevención en lo particular, todo lo antes señalado tiene como fin que la aplicación de las penas privativas de libertad sea aplicadas a todos por igual, y no tengamos un Derecho Penal con privilegios.

4.- La protección de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el status, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. De este modo se abusa del Derecho Penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes, poniendo, como ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales, a la propiedad privada por ejemplo con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad o considerando como derechos naturales, inmutables permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de los que detentan el poder. Sufrimos una inflación legislativa sin precedentes, con Códigos más represivos que preventivos, con gran saturación de los Tribunales, con defectos de selección y

preparación en el personal de administración, impartición y procuración de justicia y con grandes escalas de corrupción. Todo lo anterior da como resultado una justicia lenta, cara, desigual, e inconsistente. No hay duda que muchos de los problemas de la prisión son producidos por defectos legislativos y judiciales. Ante el real aumento de la criminalidad se ataca a la justicia penal por ineficaz e ineficiente, suponiendo que puede controlar el fenómeno criminal y es la responsable por hacerlo.

5.- Al analizar la población dentro de los centros de reclusión, se verifica que la gran mayoría de lo que ahí se encuentran son de una clase socioeconómica baja. Nuestras leyes son clasistas y este hecho es aceptado y aprobado por la sociedad en su conjunto. Si el fin declarado de la pena de prisión es la readaptación, instintivamente se piensa en el inadaptado como aquél individuo de aspecto sucio, desaliñado, de lenguaje vulgar. Nunca pensamos que debe ser readaptada una persona vestida formalmente y con educación a nivel profesional, que muchas veces son los que más cometen delitos patrimoniales como son el Fraude y Abuso de Confianza. La legislación penal exige economía, claridad, flexibilidad y respeto de los principios democráticos, y debe reducirse al mínimo necesario para proteger los valores fundamentales de la mayoría. Con ese fin, ha de tenerse en cuenta el pasado, presente y sobre todo la evolución previsible de la comunidad. Además la realidad que dicha legislación ha de recoger no debe identificarse con la práctica judicial, que la más de las veces está teñida de una deformación profesional incompatible con la evolución progresista de la justicia penal. Finalmente como el Derecho y el sistema penal no son sectores exclusivamente jurídicos, la redacción de los Códigos y otros instrumentos legales no debería confiarse únicamente a este grupo de profesionales, sino incorporar a esta tarea a otros organismos y entidades, preferentemente nacionales, antes de ser presentado a la aprobación del poder legislativo todo proyecto de ley penal debería recibirse suficiente publicidad y someterse a la crítica y comentarios de los grupos sociales interesados en el tema y de la población en general. En su

elaboración debería considerarse una primera e importante etapa consistente en la compilación y análisis de datos esenciales al respecto, como son: población y sus características, recursos del país, tendencias de la criminalidad etc., y en la realización de estudios sobre el funcionamiento de los organismos involucrados en la administración de justicia. En una segunda etapa, como lo es la redacción del texto legal, deberían evitarse la excesiva extensión de la legislación, las definiciones abstractas, las incoherencias, las formulaciones de difícil comprensión y el olvido de la población marginada.

6.- Se sabe, no obstante, que no es aumentando las sanciones como se reduce el crimen. La dureza de las penas satisface, a veces, ciertos afanes de venganza, más nunca ha servido a fines nobles, incluyendo a disuadir a otros posibles delincuentes. Las penas son eficaces no por severas, sino porque no se aplican, y mientras sólo son tres de cada cien delincuentes que llegan a juicio y sólo sea una pequeña parte de estos los que reciben castigo, seguirán siendo inútiles cuantas reformas se impongan a la ley. Además de esto es necesario destacar que la pena va encaminada a un grupo social que sin duda es aquél que se encuentra más desprotegido económicamente.

7.- En relación con el público son importantes los medios masivos de la comunicación social: diarios, televisión, revistas especializadas entre otros muchos. Estos medios se dedica a publicar los delitos contra la vida, dando la sensación de que el sistema penal protege por igual los bienes jurídicos de todos, cuando en realidad oculta los delitos contra la propiedad más simples, que son los que nutren de presos las cárceles. La impresión que el público tiene del fenómeno criminal y de los objetivos y función del sistema penal, la recibe generalmente a través de la ideología transmitida por los medios masivos que incluso hasta por su serie de aventuras policiales y judiciales difunden la imagen de la igual protección de bienes comunes a todos, generalmente el patrimonio.

Cuando el ciudadano común se manifiesta a favor del incremento de las penas y de un Derecho Penal más represivo, no se imagina, que lo que apoya es la limitación de las libertades y desde luego un ejercicio del poder más represivo por parte del Estado.

Es así que cualquier incremento en la penalidad en una conducta ilícita y más propiamente en los delitos patrimoniales como son el robo, se encuentra apoyada por la ciudadanía, la que es, la mayoría de las veces manipulada por los medios de comunicación. Con el apoyo, la justificación de ius poenale se encuentra dada, finalmente en el ejercicio del Contrato Social: en el grupo en el poder que realiza “la voluntad del pueblo”.

**BIBLIOGRAFIA:**

ANTON ONECA, José. Derecho Penal, Editorial Akal, Segunda Edición, Madrid, 1986, pág. 685.

BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Tercera Edición, Bogota-Colombia, 1989, pág. 438.

BUSTOS RAMIREZ, Juan y HERNAN HARMAZABAL, Malareé. Lecciones de Derecho Penal, I Vols, Editorial Trota, Primera Edición, Madrid, 1997, pág. 425.

BECCARIA, Cesar. Tratado de los Delitos y de las Penas, Editorial Porrúa, Décimo Séptima Edición, México, 2008, pág. 249.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Edición Décimo Octava, México, 2007, pág. 651.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México, 2007, pág. 978.

CARRARA, Francesco. Derecho Penal, Editorial Oxxford University Press, Vol. I, Segunda Edición, México, 1999, pág. 230.

CARNELUTI, Francesco. Derecho Procesal Penal, Vol. II, Editorial Oxxford University Press, Segunda Edición, México, 1999, pág. 217.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Quincuagésima Edición, México, 2010, pág. 364.

CRUZ Y CRUZ, Elba. Teoría de la Ley Penal y el Delito, Editorial IURE, Primera Edición, México, 2006, pág. 386.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Derecho Penal Mexicano, La Reforma de 1996, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1996, pág. 383.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Reimpresión, Argentina, 1990, pág. 525.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1992, pág. 289.

GARCIA GARCIA, Leticia. Derecho Ejecutivo Penal, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2005, pág. 295.

GARCIA RIVAS, Nicolas. El Poder Punitivo del Estado Democrático, Editorial Universidad de Castilla la Mancha, Primera Edición, España, 1996, pág. 512.

GONZALES BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1991, pág. 418.

GONZALEZ DE LA VEGA, René. Política Criminológica Mexicana, Editorial Porrúa, Segunda Edición, Bogota-Colombia, 1989, pág. 642.

GUSTINI, Ricardo. Estudio Sobre la Interpretación Jurídica, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2000, pág. 238.

GÜNTER, JAKOBS. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Jurídicas S.A., Segunda Edición, Madrid, 1997, pág. 1113.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Introducción al Derecho Penal, Editorial IURE, Segunda Edición, México, 2002, pág. 409.

JIMENEZ DE ASU, Luis. Lecciones de Derecho Penal, Vol. III, Editorial Oxford, Primera Edición, México, 2000, pág. 367.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Editorial Porrúa, Décimo Sexta Edición, México, 2009, pág. 364.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1997, pág. 305.

MACEDO AGUILAR, Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., Segunda Edición, México, 2007, pág. 523.

MALO CAMACHO, ¿¿. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 2005, pág. 221.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Volumen I, Editorial Temis, Reimpresión de la Segunda Edición, Bogota-Colombia, 1989, pág. 485.

MARTINEZ JIMENEZ, Javier. Fundamentos de la Teoría General del Hecho Punible, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pág. 224.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, Parte General, Editorial Trillas, Tercera Reimpresión, México, 2004, pág. 319.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit Candaudap, Editorial INACIPE, Primera Edición, México, 2000, pág. 656.

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal, Tomo I, Editorial Valleta Ediciones, Primera Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 302.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Editorial Bosch, Tercera Edición, Barcelona, 1975, pág. 325.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social, Editorial Temis, Segunda Edición, Colombia, 1999, pág. 270.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Libro en Homenaje a Claus Roxin, La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Tomo I, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, México, 2003, pág. 685.

OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo, Editorial Trillas, Segunda Edición, México, 1990, pág. 633.

ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del Delito, Sistemas Causalistas, Finalista y Funcionalista, Editorial Porrúa, Décimo Sexta Edición, México, 2007, pág. 217.

PAOLINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, 1996, pág. 652.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, Décimo Quinta Edición, México, 2000, pág. 281.

PORTE PETIT CAUDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésimo Primera Edición, México, 2007, pág. 508.

PONCE CASTILLO, Rodolfo. Fundamentos de Derecho, Editorial Banca y Comercio, Primera Reimpresión, México, 2004, pág. 256.

REYES ECHENDIA, Alfonso. Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, Segunda Edición, Colombia-Bogota, 1989, pág.

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, Las Garantías Individuales en México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 2004, pág. 715.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús (copilador). Instrumentos Internacionales Sobre derechos Humanos ONU- OEA, Tomo II, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Primera Edición, México, 1994, pág. 772.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Penología, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2009, pág. 300.

ROXIN, Claus. La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Tomo I, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, México, 2003, pág. 685.

RUBIO FERNANDEZ, Samuel. El Ejercicio de la Garantía de Defensa en los Plazos Oscuros del Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2004, pág. 103.

VELAZQUEZ OJEDA, Jorge. La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI, Congreso Internacional de Derecho Penal, Editorial Jus Poenale, Primera Edición, México, 2001, pág. 493.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1983, pág. 654.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman, Parte General, Traducción Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago Chile, 1993, pág. 382.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Cuarta Reimpresión, México, 2000, pág. 471.

#### **LEGISLACION:**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.