



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO.**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN.**

**“EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EXACTA APLICACIÓN DE LA PANDILLA
EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:**

BARRERA RANGEL MARCO ANTONIO

**ASESOR: MAESTRO ALDO ESPINOZA GONZALEZ
NOVIEMBRE DEL 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.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS

Por permitirme existir y rodearme de bendiciones para poder disfrutar de inolvidables momentos en mi vida como éste, que me llena de satisfacción y ganas de seguir luchando por alcanzar mis metas; siempre en compañía de su grandeza e infinita bondad.

A MI ALMA MATER.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, A TRAVES DE LA
FES ACATLAN.**

Por tener un brillante espacio para la preparación profesional, por acogerme en éste y forjarme un espíritu de triunfador, porque en este recinto encuentro el apoyo y excelencia cultural que permitieron transformar mi razón de ser.

A MI ESPOSA E HIJOS

Por ser parte de mi vida, por ser mis grandes amores y el motor que me impulsa para cumplir mi más anhelado sueño, por estar ahí en el momento en que más los necesito, por su comprensión y amor incondicional y porque gracias a ellos sigo en este camino con miras a ser mejor padre, esposo y profesionalista cada día.

A MIS PADRES Y HERMANOS

Por creer en mí cuando se pensaba que el tiempo había expirado, por su confianza y apoyo incondicional para concluir esta meta, por estar a mi lado en los momentos más difíciles de mi vida y formar parte de la hermosa familia que tengo, gracias por disfrutar conmigo este maravilloso logro.

AL ANGEL DE MI GUARDA

A Blanquita que se nos adelantó en el camino y que desde el triste momento de nuestra separación, paso a ser el ángel de la familia que nos protege, nos cuida y vela por nosotros, porque mis oraciones estaban puestas en ella en cada semestre que concluía y que creo firmemente que está muy cerca de mí apoyándome y disfrutando mis éxitos, gracias princesa.

A MI MAESTRO, ASESOR Y AMIGO MTRO. EN DERECHO. ALDO ESPINOZA GONZALEZ

Porque si su invaluable apoyo no habría culminado este proyecto que hoy me brinda la dicha de sentirme satisfecho, por ser además de un excelente maestro, un incondicional amigo. Gracias por creer en mí y fomentar el deseo de seguirme preparando y amar mi profesión.

A TODOS Y CADA UNO DE MIS MAESTRO

Por compartirme sus conocimientos, por preocuparse por la preparación profesional de sus alumnos, porque para mí son el corazón de una de las mejores universidades del mundo, gracias por dejar huella en mi formación, siempre estarán presentes en mí.

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”

MARCO ANTONIO BARRERA RANGEL

*LA LIBERTAD ES LA MADRE DE TODOS LOS BIENES
CUANDO VA ACOMPAÑADA DE LA JUSTICIA
MARQUES DE ARGENSON*

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EXACTA APLICACIÓN DE LA PANDILLA EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO 1

ANTECEDENTES DE LA PANDILLA

1.1.-En Roma.....	3
1.2.- En España.....	6
1.3.- En México.....	10
1.3.1.- Código Penal de1871.....	13
1.3.2.- Código Penal de 1929.....	16
1.3. 3.- Código Penal de 1931.....	18
1.4.- Codigo Penal de 2002 para el Distrito Federal.....	21

CAPITULO 2

MARCO TEORICO

2.1.- Conceptualización de delito.....	24
2.2.- Conceptualización de la Pandilla.....	27
2.2.1- Jurídico.....	28
2.2.2 Sociológico.....	28
2.3.- Pena (Concepto y Fundamento legal.).....	29
2.3.1- Fines de la Pena.....	31
2.3.2- Clasificación de la Pena.....	35
2.4.- Punición (Concepto).....	37
2.5.- El principio de legalidad y de exacta aplicación de la ley en materia pena.....	40

CAPITULO 3
NATURALEZA JURÍDICA DE LA PANDILLA.

3.1.- Delitos en los que resulta Aplicable la Pandilla.....	42
3.2.- La ventaja como Circunstancia Distinta de la Pandilla.....	49
3.3.- La Pandilla desde su Aspecto Legislativo.....	50
3.4.- Elementos Integradores de la Pandilla.....	52
3.5.- La Violencia como elemento integrador de la Pandilla.....	53
3.6.- Similitudes y Diferencias de la Pandilla con otras Circunstancias Modificadoras de la Pena.....	55

CAPITULO 4
LA PENALIDAD EN LA PANDILLA
(PROPUESTA SOBRE SU APLICABILIDAD).

4.1.- Penalidad aplicable en la Pandilla.....	56
4.2.- Circunstancias Modificadoras de la Pena adicionales a la Pandilla.....	57
4.3.- La aplicabilidad de la Pandilla como Circunstancia Modificadora de la Pena.....	58
4.4.- La Pandilla Calificada.....	66
4.5.- La punición de la pandilla propuesta sobre su aplicabilidad.....	67
4.5.- Reforma del artículo 252 del Código Penal para el Distrito Federal. ...	69
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFIA.....	73

INTRODUCCION.

En el presente trabajo se analiza la aplicación de la figura de pandilla como circunstancia calificante de la pena en el Código Penal para el Distrito Federal, a fin de evitar que la misma sea aplicada de forma excesiva por el Juzgador al momento de resolver las cuestiones sometidas a su determinación, toda vez que si tomamos en cuenta su descripción legal por pandilla se debe entender como aquél grupo de adolescentes y/o jóvenes que se juntan para participar en actividades violentas y delictivas, denotándose que en la actualidad las pandillas están constituidas comúnmente entre niños y/o jóvenes de 13 a 20 años.

A través del tiempo este fenómeno social ha ido evolucionando y creciendo cada día más, a manera tal que se ha reflejado como diferentes grupos de poder que asechan y perturban la tranquilidad social, sin que de ninguna manera se les pudiera reprimir en su conjunto, sino individualmente, lo que implicaba su reincidencia o habitualidad, siendo por eso, que los legisladores se vieron en la necesidad de agregar esta figura como agravante en nuestro Código Penal, ello con la intención de calificar las penas de todos aquellos delitos que, previo acuerdo tácito o expreso, fueran cometidos en común por tres o más personas, mismas que reunidas de manera habitual, ocasional o transitoria, no estuvieran organizadas con fines ilícitos, en el entendido de que tales injustos sociales debían de tener una ejecución de carácter violento, como acontecía en el homicidio tumultuario, sin embargo los congresistas estimaron que debía hacerse extensiva a ilícitos de comisión similar.

Como se puede observar la figura penal de la pandilla, fue más lejos de lo que se quiso originalmente, ya que su extensa descripción, permite que bajo este concepto queden abarcados prácticamente todos los casos de coautoría y participación delictuosas.

En el código sustantivo penal, la calificativa de pandilla se encuentra contemplada en el capítulo segundo del título décimo séptimo, bajo el siguiente título "Delitos contra la seguridad colectiva", cuya descripción se encuentra

específicamente en el numeral 252 del referido cuerpo legal, mismo que a la letra establece “ Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos”. (Art. 252 CPDF)

Descripción legal de la que se advierte, que para que haya pandilla se requiere que exista una "reunión habitual, ocasional o transitoria", no una mera reunión o concertación. La reunión impone una idea de espacio, lugar, ámbito en el que se hayan y actúan quienes están reunidos; no podría tratarse por ende, de individuos unidos en un fin delictuoso habitual, ocasional o transitoriamente", pero distantes uno de otros.

En este orden de ideas, tomando en cuenta en cuenta la fórmula legal, no resulta imposible aplicar la calificativa mencionada, a delitos tales como, difamación, violación de correspondencia, quebrantamiento de sellos, peligro de contagio, ultrajes a la moral, rebelión de secretos, variación del nombre o del domicilio, violación, homicidio, daño en propiedad ajena, fraude, y varios otros que pudieran hallarse a gran distancia de su origen legislativo, así como del propósito de la norma en comento.

Anterior consideración que nos permite establecer como cuestionamiento:

¿A qué delitos le resulta aplicable la pandilla como circunstancia modificadora de la pena?.

CAPITULO 1

ANTECEDENTES DE LA PANDILLA.

1.1 ROMA.

Rafael Márquez Piñero señala que el derecho romano abarca desde el año 753 antes de Cristo, hasta el año 553 después de Cristo, en que culmina con los textos del emperador Justiniano. Este periodo ha sido dividido, de acuerdo con la estructura sociopolítica en tres etapas: la Monarquía, hasta el año 510 antes de Cristo; la República, hasta el año 31 antes de Cristo, y el Imperio, el cual puede dividirse, a su vez en dos épocas: la pagana, hasta el año 331 después de Cristo, y la cristiana, desde esa fecha hasta el final del imperio.

“El primer monumento del derecho penal conocido son: Las doce tablas pertenecientes al siglo V antes de la era cristiana, el cual en la época clásica está principalmente contenido en las leyes Corneliae y en las leyes Juliae, así como en los senatusconsulta, en los edicta y en los responsapudentium. Este material sólo se conoce fragmentariamente, parte de él se encuentra en el Digesto (libros 47 y 48). A su vez el derecho penal de la época Imperial contenido en las constituciones, se localiza parcialmente en el Código Teodosiano, el Justiniano y en las Novelas”.¹

Ignacio Villalobos indica que, los delitos en el derecho penal romano se establecieron de la misma forma hecha por los griegos, dividiéndose en privados y públicos.

El derecho romano es una de las aportaciones más importantes de la edad antigua, pues ha servido para fundamentar la vida legal de la civilización moderna, siendo la base de las fisonomías jurídicas que rigen en la actualidad, es por ello que Roma desempeña un papel importante en la historia. El derecho romano como se observa partió de las leyes

¹ CUELLO CALON Eugenio, Derecho Penal parte general, Tomo I, 9 edición, Ed. Nacional, México 1983, Pág. 66.

sancionadas por el uso o la costumbre, las cuales pasaron de la forma oral a la escrita, de esta manera se formo un sistema jurídico que garantizo la vida gregaria.

Los delitos se dividieron en públicos y privados con lo que se estableció las circunstancias previas para la investigación de los delitos, mismas que se conocen como requisitos de procedibilidad los cuales se dividen en delitos de querrela necesaria y delitos de oficio, previstas en los numerales 262 al 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Los delitos públicos “(crimina) como ponían en peligro a toda la comunidad eran perseguidos por el Estado, de oficio, o a petición de cualquier ciudadano, y castigados con penas públicas (muerte, interdictio aquae et ignis, multa a pagar al erario, etc.)”.²

Los delitos privados “causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social, se perseguían a iniciativa de las víctimas y daban lugar a una multa privada a favor de ella”.³

Los delitos perseguibles por el Estado eran conocidos como ilícitos públicos, cuyo procedimiento se efectuaba ante la presencia de la comunidad, lo que constituye el antecedente del principio de publicidad de las audiencias contenido en el artículo 59 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Los delitos privados eran perseguidos a petición de la propia víctima, los cuales tenían como único fin la imposición de multas a favor de la misma, cuyo

² VENTURA SILVA Sabino, Derecho Romano, 12 edición, Ed. Porrúa, México 1995 Pág. 391.

³ FLORIS MARGADANT Guillermo, El Derecho Privado Romano, 15 edición, Ed. Esfinge, México 1988. Pág. 432.

procedimiento se desarrollaba como su propio nombre lo indica de carácter privado.

Entre los antiguos delitos privados debemos distinguir tres del ius civile y cuatro de ius honorarium.

“Los del ius civile eran: robo (furtum), daño en propiedad ajena (damnum iniuria datum) y lesiones (injuria). Los delitos privados del derecho honorario eran la rapiña, la intimidación, dolo, y el fraus creditorum”.⁴

Se tiene conocimiento que la civilización romana diferenciaba los delitos de naturaleza dolosa y los de carácter imprudencial, los cuales actualmente se encuentran contenidos en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por cuanto hace a la pandilla materia de estudio de este trabajo, se observa que la misma no se encuentra establecida propiamente como evento delictivo, denotando que por sus características esenciales y estructurales, la misma se encuentra instaurada desde aquella época como circunstancia que califica o agrava la penalidad que se le pudiera imponer a sus partícipes, la cual era sancionada inicialmente por la Ley Aquilia, en la que se castigaba al pago de una cantidad de dinero, igual al valor más elevado que el objeto del daño haya alcanzado en el año que ha precedido al delito cometido.

“Para asegurar una represión más energética, el pretor peregrino M. Lúculo creó, en 678, la acción vi bonorum raptorum, que fue dada en caso de hurto y daño agravados de violencia. Creada primero para delitos cometidos por bandas con o sin armas”.⁵

⁴ Ibídem pp. 432-443

⁵ PETIT Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 4 edición, Ed. Porrúa, México 1988. Pág. 463

Esta acción debía ejercitarse durante un año útil, a partir de la comisión del delito y con la cual se castigaba al culpable con una condena al cuádruplo de la estimación exacta de la cosa, en la que se comprendía la reparación del perjuicio causado.

De igual forma el ejercicio de la acción procesal se encontraba regida por un término legal para su ejecución, ya que como se ha mencionado, se fijaba un año para obtener la reparación del daño sufrido, por el cuádruplo del beneficio obtenido por el agente criminal, toda vez que si el pasivo dejaba transcurrir el tiempo anteriormente señalado la pretensión procesal se disminuía al simple valor de la cosa obtenida como objeto material del evento ilícito, figura que se conoce en actualidad como prescripción negativa, ello de conformidad con nuestra legislación del orden común.

El agente del delito al momento de ser juzgado por el tribunal debía además de sufrir la pena impuesta, restituir a favor de la víctima el dinero u objeto venal del que se había hecho allegar, estableciendo de esta forma la figura de la reparación del daño, ante la comisión de un delito, ello atendiendo a que de acuerdo a la legislación punitiva el agente criminal se encuentra constreñido a satisfacer al pasivo como pena adicional, el daño causado por su conducta dañina, cuyas reglas se encuentran actualmente establecidas en los artículos 42 al 49 del Código Penal para el Distrito Federal.

1.2 ESPAÑA.

Ignacio Villalobos señala que “la historia jurídica del pueblo español inicio al entrar en contacto con el pueblo romano, los cuales en un principio respetaron sus costumbres, predominando con posterioridad por la superioridad de sus leyes, hasta convertirse en el único sistema en la provincia e idéntico al de la Metrópoli, como por ejemplo el acuerdo de caracalla, el cual otorgo la ciudadanía a todos los habitantes de las colonias incorporándose al sistema romano”.⁶

⁶ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 5 edición, Ed. Porrúa, México 1990, Pág. 108.

La evolución legal del pueblo español está determinado, en un principio por la necesidad de contar con un cuerpo normativo que regulara la convivencia social, pero debido a que la península ibérica estaba habitada por tribus, las cuales tenían sus propias costumbres, fue hasta la invasión romana cuando se estableció una organización jurídica en todo su territorio, ya que al formar parte de las provincias del imperio latino, se establecieron diversas disposiciones legales, las cuales para conocimiento de los ciudadanos se ordeno su compilación, creando de ésta forma diversos códigos, mismos que se fueron reformando atendiendo a las necesidades de la ciudadanía y a los fenómenos socio políticos.

Entre las primeras legislaciones se tiene conocimiento de la vigencia de las siguientes: el Fuero Real, las Leyes de Estilo, Las Siete Partidas del siglo XIII, el Ordenamiento de Alcalá en el siglo XI, en el que se contenían disposiciones relativas a prelación de unos códigos sobre otros; después el Ordenamiento de Montalvo, recopilación que constituyo las llamadas Leyes del Toro; enseguida la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.

La mayoría de las disposiciones legales elaboradas posteriormente a la unificación de las provincias españolas, son resultado para establecer una estabilidad jurídica entre los ciudadanos, por lo que se crean comisiones redactoras para la creación de los cuerpos legales, haciendo del conocimiento de los gobernados los ordenamientos legales para su cumplimiento, estableciendo en la evolución legal del pueblo español diversas recopilaciones, las cuales a su vez, se fueron derogando por la aparición de ordenamientos novedosos.

Posteriormente debido a la necesidad de separar las diversas codificaciones de cada materia, en el año 1872 se promulgo el primer Código Penal Español, el cual contemplaba después de una parte general, establecía la división entre delitos contra la sociedad y los delitos en contra de

particulares, un año después cayó en desuso por los movimientos revolucionarios.

Nuevas comisiones y nuevos proyectos fueron formulados hasta que: “en fecha 19 de marzo de 1848, en que se aprobó el Código Penal del Pacheco, el cual fue elaborado tomando como modelo el código de Brasil de 1830; esta legislación después de diversas reformas volvió a editarse en 1850, el cual estaba compuesto de una parte general, un libro sobre delitos y otro sobre faltas”.⁷

Debido a la urgencia por contar con un código propio que regulara las conductas dañosas para la sociedad el pueblo español se toma como modelo la legislación penal brasileña, conformando un cuerpo legal dividido en tres partes: un general, y la especial subdividida en delitos y faltas.

La legislación penal española como la mayoría de las legislaciones de todo el mundo conforman un derecho muy dinámico, atendiendo a que sus normas están en constante evolución, siempre en búsqueda del perfeccionamiento, en virtud de que a través de su desarrollo el derecho penal no ha logrado establecer principios absolutos y definitivos, ya que cada concepto, cada principio, siempre están en el análisis crítico de los juristas a fin de resolver los problemas más apremiantes de la sociedad.

El “13 de enero de 1945, fue promulgado un nuevo cuerpo legal, al cual se le designa oficialmente Código Penal reformado texto refundido 1944, a los pocos años de vigencia se iniciaron las modificaciones parciales, orientadas unas a prevenir hechos delictivos facilitados por la coyuntura económica y social y otras impuestas por la necesidad de mejorar técnicamente el texto punitivo o poner de acuerdo la legislación penal con los compromisos internacionales contraídos por el Estado, en el marco de ese propósito de

⁷.-Ibídem Pág. 110.

perfeccionamiento del Código Penal de 1944 se aprobó por el consejo de ministros el Código Penal, texto revisado de 1963”.⁸

En los cuerpos normativos anteriormente enunciados la pandilla se encuentra establecida bajo la denominación de cuadrilla, designación ajena a nuestro texto legal. El maestro Cuello Calón establece que “El número de cuatro malhechores es el tradicionalmente exigido por la legislación penal a partir del siglo pasado para la existencia de la cuadrilla, cuatro o más salteadores exigía la ley del 17 de Abril de 1821; cuatro o más personas mancomunadas, exige el artículo 338 del Código de 1822, en el cual la mera existencia de la cuadrilla constituía un delito especial; de más de tres malhechores habla el Código de 1848 en su artículo 425; el de 1870, en su artículo 518, mantiene el número pero exige, como el vigente el requisito de que estén armados.”⁹

El Código Penal español en su texto vigente en su artículo 502 establece: “a) Que todos los malhechores presentes a la ejecución de un robo en cuadrilla, aun cuando su conducta sea meramente pasiva, son culpables en concepto de autores de cualquiera de los atentados (no sólo de los robos) por ella cometidos.

No basta que el malhechor acredite que no tuvo intervención alguna en aquellos hechos, debe probar que procuró impedirlos. b) Se presume que todo malhechor que anda habitualmente en una cuadrilla ha estado presente a los atentados por ésta cometidos”.

Se advierte el avance legislativo criminal del pueblo español, al establecer en sus primeros códigos punitivos la figura cualificante de referencia, en la cual todos y cada uno de sus integrantes son responsables de la conducta delictiva llevada a cabo, asimismo se observa que dicha figura es

⁸ SAIZ CANTERO José A, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3 edición, Ed. Bosch España 1990 pp. 257-276

⁹ CUELLO CALON Eugenio, Derecho Penal parte especial, Tomo II, 13 edición, Ed. Bosch, España 1972, Pág. 869

contemplada como aquella donde existe claramente participación ya sea activa o pasiva, de cada uno de sus miembros, siendo por lo tanto un mecanismo o medio para llegar a fin propuesto, puesto que ante la superioridad numérica frente a la víctima, induce a esta última al menoscabo en sus opciones de defensa, misma que se observa reflejada en delitos contra su integridad física y corporal, así como en los patrimoniales.

Denotándose de igual manera que dicha figura complementaria, se considera un tipo especial en los cuerpos normativos mencionados, de lo cual se revela el antecedente directo de la acción delictiva conocida como asociación delictuosa, misma que por el simple hecho de establecerse o formar parte de ella resultara punible.

Asimismo de su texto vigente, se observa la perfecta definición de la participación delictiva, puesto que al intervenir en la ejecución o materialización de un hecho criminoso, todos sus miembros son responsables de los resultados producidos, puesto que, injusto sería desconocer la cooperación que cada uno de ellos brinda, para la obtención del fin propuesto, que en este caso pueden resultar eventos delictivos de distinta naturaleza, como por ejemplo lesiones, daños en los bienes, homicidio, violación, robo, extorsión, etc.

1.3 MÉXICO.

El maestro Sergio García Ramírez apunta que “en la etapa prehispánica México se encontraba dividido en reinos y señoríos, tuvo una dispersa y severa legislación penal. A menudo se previno la pena de muerte. Otras sanciones frecuentemente consideradas fueron la esclavitud, los castigos corporales, el destierro, la confiscación e inclusive ciertas formas de privación de la libertad en el teilpiloyan, para deudores y reos exentos de la pena capital; el cauhtcalli, para responsables de los delitos graves; el malcalli, para prisioneros de guerra y el petlacalli, para reos acusados de faltas leves. Ofrece especial importancia la ordenanza penal de texcoco atribuida a Nezahualcoyotl. De las normas y

prácticas penales dan cuenta diversos textos indígenas que han llegado hasta nuestros días, y las crónicas de los conquistadores”.¹⁰

La historia del derecho penal mexicano tienen su inicio desde la época prehispánica, ya que en la organización estructural de las diversas culturas que florecieron en nuestro país se estableció la necesidad de contar con un sistema punitivo que sancionara las conductas antisociales que afectaban la vida en común, es por ello que se crea la amenaza de las penas aunque las mismas resultaban de gran temibilidad, por el castigo que se hacía merecedor el delincuente, situación que se estableció para prevenir y reprimir el delito.

Posteriormente el maestro García Ramírez apunta que “en la colonia tuvieron vigencia ordenamientos generales para España a esto último se le denomina derecho indiano, cuyo cuerpo fundamental es la recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, iniciada bajo el reinado de Felipe II en 1570 y concluida por Carlos II en 1680. Hubo numerosos fueros en el doble sentido de estatutos y jurisdicciones”.¹¹

“Rigieron el Fuero Juzgo, incluido por el Rey Fernando III, en el siglo XIII; el Fuero Viejo de Castilla, de 1356; el Fuero Real, de Alfonso X, de 1255; las Leyes de estilo, que depuraron las normas del Fuero Real, a fines del siglo XIII; las Siete Partidas (la Séptima se ocupa en la materia criminal), comenzaba por el Rey Alfonso X el Sabio, en 1255, y las sancionadas y publicadas bajo Alfonso XI; el Ordenamiento de Alcalá, de Alfonso XI, de 1348; el Ordenamiento Real, publicado bajo los Reyes Fernando e Isabel; las Leyes de Toro, de 1502; la Nueva Recopilación, dispuesta por Felipe II y sancionada en 1567; la citada Recopilación, de las Leyes de los Reinos de las Indias; los sumarios de cédulas, órdenes, provisiones y autos reunidos por Monte Mayor (1677) y Beleña (1787); las Ordenanzas de Minería, de (1783); las Ordenanzas de Intendentes, expedidas en 1786, y la Novísima Recopilación de 1805”.¹²

¹⁰ GARCIA RAMÍREZ Sergio, Panorama de Derecho Mexicano, 2 edición, Ed. Mc Graw-Hill, México 1998, Pág. 1.

¹¹ Ibidem.

¹² idem.

La conquista fue el fenómeno que estructuró las ideas penales traídas por los españoles al territorio nacional, ya que en la etapa colonial se establecieron los mismos ordenamientos que estaban vigentes en el viejo continente; fue el cambio de la idiosincrasia indígena, debido a la interacción de los dos pueblos y dos continentes.

Al consumarse la independencia las primeras disposiciones legislativas se crearon por la necesidad de la organización estructural del nuevo Estado mexicano, y alternamente siguió prevaleciendo la legislación punitiva que regía en la etapa colonial, debido a la carencia de leyes locales que describieran y sancionaran las conductas delictivas, ya que no existía formación alguna en materia legislativa, toda vez que la principal atención se enfocó a establecer las bases de estructuración del sistema de gobierno y sus instituciones públicas, sin que ello impidiera que se empezara a reglamentar la policía preventiva, la venta de bebidas alcohólicas, la portación de armas, el combate a la mendicidad y malvivencia, entre otras cuestiones de interés social.

Fue hasta el año de 1857 cuando se establece en forma sistematizada las bases del Derecho Penal mexicano, debido a la emprendedora tarea codificadora, principalmente en materia penal, se reconoce la urgencia de clasificar los delitos y las penas; después de la intervención francesa, el presidente Juárez al organizar su gobierno (1867), tras la lucha armada, llevo a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública, al Licenciado Antonio Martínez de Castro, a quien correspondió presidir la comisión redactora del primer Código Penal mexicano federal para toda la república y común para el Distrito y territorios federales, al cual le han sucedido tres cuerpos normativos de los años 1929, 1931 y 2002, siendo este último el que se encuentra en vigencia en la actualidad, aunque no en su texto inicial debido a las reformas y adiciones que ha sufrido por los diversas corrientes políticas e ideológicas del Distrito Federal.

1.3.1 CODIGO PENAL DE 1871.

Para la Federación y el Distrito Federal, como se ha mencionado la primera obra legislativa en esta materia fue el Código Penal “promulgado por el presidente Juárez el 7 de diciembre de 1871. Comenzó a regir el 1 de abril de 1872. Originalmente, la comisión redactora se integró en 1861 por los Licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra. Los comisionados trabajaron hasta 1863; interrumpidos los trabajos por la intervención extranjera, continuaron en 1868, a cargo de otra comisión en la que figuraban algunos de los anteriores comisionados, constituida según acuerdo del presidente Juárez por conducto del ministro de Justicia, Ignacio Mariscal. Presidió la comisión Antonio Martínez de Castro bajo cuyo nombre se conoce el ordenamiento resultante. Participaron igualmente, Manuel M. Zamacona, José María La Fragua, Eulalio M. Ortega e Indalecio Sánchez Gavito”.¹³

El código cuenta con la exposición de motivos, suscrita por Martínez de Castro el 15 de marzo de 1871, formado por 1150 artículos y está organizado en cuatro libros: el primero se refiere a delitos, faltas, delincuentes y penas en general; el segundo, a la responsabilidad civil en materia criminal; el tercero, a los delitos en particular, y el cuarto a las faltas.

“Otras garantías o principios penales en el código de Martínez de Castro: presunción de inocencia del acusado, mientras no se pruebe que cometió el delito (art. 8); la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes del delincuente (art. 33); la aplicación de las penas corresponde exclusivamente a la autoridad judicial (art. 180), que no puede aumentarlas, disminuirlas, agravarlas, atenuarlas o añadirles alguna circunstancia, salvo autorización o prevención de la ley (art. 181)”¹⁴

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

Cuerpo legal de alta instrucción, ya que entre los que integraron la comisión redactora figuraba un ministro de justicia, por lo que es viable señalar que en dicho código quedaron plasmados los principios tanto teóricos como pragmáticos de la materia penal, entre los que destacan el postulado de legalidad, o exacta aplicación de la ley penal, la intrascendencia de las penalidades y su imposición por la autoridad judicial, los cuales fueron retomados por la Constitución Federal de 1917.

“Al frente del libro tercero figuraban los delitos contra la propiedad; el primero de ellos el robo. Bajo el siguiente título de ese libro se contemplaban los delitos contra las personas, cometidos por particulares; enseguida los delitos contra la reputación; después la falsedad; a continuación en sucesivos títulos: revelación de secretos, delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, delitos contra la salud pública, delitos contra el orden público (entre ellos asonada o motín y tumulto: arts. 919 y 922), los delitos contra la seguridad pública, atentados contra las garantías constitucionales, delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, delitos de abogados, apoderados y síndicos de concurso, delitos contra la seguridad exterior de la nación, delitos contra la seguridad interior, y delitos contra el derecho de gentes. Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, se atiende al hecho material y no a la culpa. (art. 71)”.¹⁵

Ignacio Villalobos indica “que en cuanto a la forma de individualizar las condenas, la posibilidad de sustituirlas, así como los capítulos de acumulación, reincidencia, grados de participación, etc., sigue el sistema de señalar un máximo y un mínimo entre los cuales corresponde a los jueces determinar en cada caso la pena que es aplicable, según la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes; o bien señalar un término que se considera medio y que se puede aumentar o disminuir por el juez hasta una tercera parte”.¹⁶

Dicho código significó un positivo adelanto en las instituciones jurídicas mexicanas, pues establece las bases del derecho punitivo del país, al crear la

¹⁵ Idem.

¹⁶ VILLALOBOS Ignacio, Ob. cit. Pág. 114

unidad legislativa de la materia, de igual forma es hasta este ordenamiento cuando se termina con la anarquía que caracterizaba el régimen represivo de la creciente criminalidad, estableciendo diversas figuras jurídicas entre ellas la libertad preparatoria, la dispensa de una parte del tiempo de prisión a los reos que observaran buena conducta, y la retención por una cuarta parte más del tiempo de prisión para los que la observaran mala; instituciones que se anticiparon a la pena indeterminada, la condena condicional y la métrica penal para la individualización de las penas que posteriormente se consagraron por las legislaciones contemporáneas.

La calificativa de pandilla no aparece contemplada en el código de Martínez de Castro, sin embargo en el artículo 47 de dicho ordenamiento, expresa de manera clara “cometerlo (el delito) auxiliado de personas armadas o sin armas”.

17

Resulta claro destacar la similitud de nuestro primer ordenamiento, con los establecidos en la península ibérica, ello debido a la introducción de las ideas penales provenientes de Europa en nuestro país a través de la conquista, en dicha expresión se advierte la figura de la coparticipación delictiva, al mencionar el auxilio para cometer el delito, añadiéndole el hecho de encontrarse los activos armados o no, siendo el caso de que para los fines que nos interesan basta con la implementación de dicha circunstancia como modificadora de la pena, en la cual se visualiza el espíritu del legislador al sancionar más enérgicamente cuando existe superioridad numérica ante la víctima.

1.3. 2 CODIGO PENAL DE 1929.

Consolidada la revolución, los gobiernos revolucionarios emprendieron la obra de revisión de los códigos. En derecho penal, la comisión nombrada en 1925 consiguió dar fin a su tarea: en 1929, José Almaraz y Luis Chico Goerne,

¹⁷ DIAZ DE LEON Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal T II, 3 edición, Ed. Porrúa, México 1997, Pág. 1477.

terminaron el proyecto, que el entonces presidente Portes Gil promulgo el 30 de septiembre del 1929, entrando en vigor el Código Penal el 15 de diciembre del propio año.

Dicho cuerpo legal constaba de 1233 artículos, de los cuales cinco tenían el carácter de transitorio. “Era un código de porte positivista, muy deficiente técnicamente del cual los mexicanos José Ángel Ceniceros y Luis Garrido manifestaron que su entrada en vigor revela la presencia de una obra de gabinete, que adolecía de graves omisiones, de contradicciones evidentes, de errores doctrinales y de difícil aplicabilidad”.¹⁸

Constaba de tres libros: principios generales, reglas sobre la responsabilidad y sanciones; reparación del daño; y tipos legales de los delitos. Como principios esenciales para el régimen penal individual, que no pasa de la persona y bienes de los delincuentes; el nullum crimen nulla poena sine praevia lege: Nadie podrá ser condenado sino por un hecho que esté previsto expresamente como delito por una ley anterior a él y vigente al tiempo de cometerse; ni podrá ser sometido a sanción que no esté establecida por ella.

Después del movimiento armado que marca la creación del código punitivo de 1929, resulta lógico que al establecerse de nueva cuenta el gobierno federal se organizaron nuevas estructuras socio políticas, lo que conlleva la revisión de los cuerpos legales que regían la vida en común de la sociedad, denotando que por cuanto al respectivo de la materia penal, siguió contemplando los principios adoptados por su antecesor de 1871, entre los que destacan el principio de legalidad y el de intrascendencia de las penalidades, sin embargo debido a su extensión dispositiva el mismo resultaba contradictorio en su texto legal, siendo criticado por diversos autores, lo que evidentemente marco su efímera existencia.

“El Código Penal de 1929, bajo la misma denominación de delitos contra la propiedad incluye en el título Vigésimo los siguientes delitos: Del robo en

¹⁸ MARQUEZ PIÑERO Rafael, Derecho Penal parte General, 2 edición Ed. Trillas México 1986, pp. 62-63

general (capítulo II, artículos 1112-1119); Del robo sin violencia (capítulo II, artículos 1120-1138); Del robo con violencia (capítulo III, artículos 1139-1143); Del abuso de confianza (capítulo IV, artículos 1144-1150); De la estafa (capítulo V, artículos 1151-1170); De la quiebra culpable y fraudulenta (capítulo VI, artículos 1171-1179); Del despojo de cosa inmueble o de aguas (capítulo VII, artículos 1180-1183); De la destrucción y del deterioro de la propiedad por incendio (capítulo VIII artículos 1184-1199); De la destrucción y del deterioro causado por inundación (capítulo IX, artículos 1200-1207); De la destrucción y deterioro y de los daños causados en propiedad ajena por otros medios (capítulo X, artículos 1208-1218)".¹⁹

Cuerpo legal en el cual no se tiene contemplada la calificante de pandilla, no obstante ello en su artículo 63 fracción IV, establece de manera reiterada como su precedente cuando al "cometerlo (el delito) auxiliado de personas armadas o sin armas".²⁰

Ya con anterioridad se ha hecho comentario al respecto, mismo al cual se le agrega que tanto en el código de Almaraz, como en el cuerpo legal aludido, su contemplación propiamente como pandilla no se encuentra establecida, ya que dicha denominación fue añadida al código punitivo con posterioridad, no obstante resulta destacable la contemplación de la forma de participación delictiva a la que se hace referencia como coautoría material, puesto que solamente a los partícipes en común de una acción delictiva les resulta aplicable la severidad en su sanción, ello atendiendo a que resulta común el empleo de la fuerza, así como la superioridad numérica por sus interventores, frente a la persona agraviada.

Asimismo se puede establecer que dicha circunstancia se contempla no como un tipo penal o figura delictiva autónoma sino como una circunstancia cualificante o agravante del delito cometido, cuyos efectos se observan

¹⁹ PAVON VASCONCELOS Francisco, Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial), 5 edición, Ed. Porrúa México 1982. Pág. 18

²⁰ DIAZ DE LEON Marco Antonio, Ob. cit. Pág. 1477

reflejados en la imposición de la penalidad correspondiente a cada uno de sus partícipes.

No necesariamente sus participantes deben estar armados, ya que de su descripción legal el legislador exime dicho incidente, puesto que basta con que exista la superioridad numérica aludida, para crear desventaja del agresor frente a su víctima, causando con ello el aniquilamiento de las posibilidades de defensa que pudiera tener este último frente a sus atacantes, cuyas consecuencias en ocasiones resultan vandálicas, es por ello que el legislador observó eficazmente al contemplarla como calificante de la penalidad impuesta a sus integrantes, donde cada uno es responsable del daño cometido o del detrimento al bien jurídico tutelado por la norma penal.

Por lo que resulta claro que estamos ante la presencia de una calificativa y no un tipo penal básico u autónomo, en donde se sanciona más severamente aquellas conductas en las que debido a su modo o medio de acción se encuentran previstas tanto de la violencia, como del número de sujetos participantes, creando con ello la figura de la coparticipación delictiva.

1.3. 3. CODIGO PENAL DE 1931.

El propio Licenciado Portes Gil, como Secretario de Gobernación, organizó una comisión que se encargara, de la total revisión del código de 1929, así fue como nació el Código Penal de fecha 14 de agosto de 1931. “La comisión redactora queda integrada con José López Lira, José Ángel Ceniceros, Luis Garrido, Alfonso Teja Zabre y Ernesto Garza. El ordenamiento consta de dos libros. El primero se refiere a los aspectos generales de la ley penal, el delito, el delincuente y la pena; y el segundo, a los delitos en particular”.²¹

Cuerpo normativo, cuya estructura ha sido modificada debido a las numerosas reformas que ha tenido desde la fecha en que fue promulgado;

²¹ GARCIA RAMÍREZ Sergio, Ob. cit. pp. 8-9

cabe señalar que el mismo no se encuentra adscrito a una determinada escuela o doctrina, ya que la comisión redactora estableció como comienzo la determinación de que la manera de remediar el fracaso de la escuela clásica no lo proporciona la escuela positiva, sino debe buscarse la enmienda de los males de la sociedad, siendo por ello que se encuentra enriquecido por los principios sostenidos en los cuerpos normativos que le anteceden, al ser elaborado siguiendo una tendencia ecléctica y pragmática, ante la necesidad de conservar el orden social.

El código punitivo de 1931, siguiendo la corriente moderna, ha cambiado la terminología usada por los códigos de 1871 y 1929 de Delitos contra la propiedad para adoptar el término Delitos en contra de las personas en su patrimonio.

“En su título Vigésimo Segundo y bajo el rubro indicado comprende los siguientes: delitos: Robo (Capítulo I, artículos 367-381); Abuso de confianza (Capítulo III, artículos 382-385); Fraude (Capítulo III, artículos 386-390); De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso (Capítulo IV, artículos 391-394); Despojo de cosas inmuebles o de aguas (Capítulo V artículos 395-396) y Daño en propiedad ajena (Capítulo VI, artículos 397-399)”.

22

El texto legal cuyo articulado fue creado con la finalidad de dar certeza jurídica a las personas, al describir conductas delictivas y aspectos generales del delito, penalidades y su forma de aplicación de las mismas, sin embargo dicho cuerpo normativo no siempre refleja esa certeza o principio con el que fue creado ya que el mismo tiene carencias en cuanto a su redacción, es por ello que a través de las reformas que el mismo ha tenido se denota su dinamismo y su reestructuración, sancionando con mayor severidad algunas disposiciones típicas, y creando nuevas conductas delictivas para construir un sistema represivo que realmente colme las exigencias de la sociedad y garantice la vida en común.

²² PAVON VASCONCELOS Francisco, Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial), Ob. cit. Pág. 21

La pandilla al igual que en los anteriores cuerpos legales enunciados de 1871 y 1929, no aparece propiamente dentro de su estructura especial del código de 1931, pero ello no significa que ante la comisión de las conductas de esta naturaleza, las mismas resultaran impunes, ya que la misma nace a la vida legal mediante reforma publicada en el Diario Oficial de fecha 08 de Marzo de 1968, en la que se agrego de manera forzada en el libro segundo, a continuación de la figura de asociaciones delictuosas en su artículo 164. Bajo la siguiente descripción “Reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito” CP art. 164 bis).

La pandilla, en la forma cómo el código la concibe, no es una figura delictiva, sino una regla tocante al concurso eventual de personas a un hecho punible, que como tal debería contemplarse en el libro primero, el cual contiene todas las disposiciones generales tendientes a las figuras delictivas, así como las reglas para la imposición de multas y penas.

La conminación de una pena autónoma de prisión de seis meses a tres años no es suficiente para conducir a conclusión diversa. En efecto no se castiga al miembro de la pandilla por el sólo hecho de pertenecer a ella, como ocurre, en cambio, con la asociación delictuosa, sino por delinquir en pandilla. Esta circunstancia tiene como efecto que se agrave la responsabilidad por los delitos cometidos, sumándose a la pena que ellos merecen.

Su formulación legal deja claramente diferenciada la pandilla de la banda o asociación delictuosa, que es una organización delictuosa de carácter permanente, creada por tiempo indefinido para delinquir. La pandilla en cambio no requiere de esa estabilidad o permanencia, ni de ninguna finalidad especial.

Dicha circunstancia cualificante, fue adicionada al código penal de referencia con la finalidad de calificar las penas de todos aquellos delitos que, previo acuerdo tácito o expreso, fueran cometidos en común por tres o más personas, mismas que reunidas de manera habitual, ocasional o transitoria, no

estuvieran organizadas con fines ilícitos, en el entendido de que tales injustos sociales debían de tener una ejecución de carácter violento, como acontecía en el homicidio tumultuario, sin embargo los congresistas estimaron que debía hacerse extensiva a ilícitos de comisión similar.

Como se puede observar la figura penal de la pandilla, fue más lejos de lo que se quiso originalmente, ya que su extensa descripción, permite que bajo este concepto queden abarcados prácticamente todos los casos de coautoría y participación delictuosas.

CODIGO PENAL DEL 2002.

Antes de hablar del Código penal vigente en la actualidad del Distrito Federal es necesario establecer su origen, el cual se encuentra entre sus precedentes el Diario Oficial de la Federación de fecha 22 de Agosto de 1996, en el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.

Uno de las reformas más destacadas se encuentra en el artículo 122 de la mencionada Carta Magna, en la cual se establece las bases para la organización jurídica del Distrito Federal. Entre esos cambios se estableció que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es el órgano de gobierno encargado de la función legislativa en el ámbito local, dentro de las materias que son de su competencia el artículo 122, apartado C, Base Primera, Fracción V, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala la facultad expresa para legislar en materia penal, entrando en vigor hasta el año 1999 de conformidad con el artículo Undécimo Transitorio del decreto en comento.

Así tenemos de acuerdo a las facultades conferidas a la Asamblea Legislativa, por Gaceta Oficial de fecha 16 de Julio del 2002, fue creado el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, abrogándose para ello el código penal de 1931 de conformidad con el artículo quinto transitorio del mencionado decreto, cabe mencionar que con posterioridad se suprimió

la denominación de Nuevo Código Penal para quedar únicamente como Código Penal para el Distrito Federal, tal y como se conoce en la actualidad.

Ahora bien respecto al tema que nos ocupa se advierte que la pandilla se encuentra prevista y sancionada en el Título Décimo Séptimo “Delitos contra la Seguridad Colectiva”, específicamente en el numeral 252 del Código Penal para el Distrito Federal de la siguiente forma:

ARTICULO 252 “Cuando se cometa algún delito por pandilla se impondrá una mitad más de las penas que correspondan por el o los delitos cometidos, a los que intervengan en su comisión.

Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos.

Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policíaca, se aumentará en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro”.

Como se puede advertir no existe variación alguna en cuanto a su rango de punibilidad, pero si en cuanto a su integración, respecto al código que le antecede, pues ya no establece el término “transitoriamente” respecto a la reunión que se tiene que verificar para su integración, lo que permite desde luego diferenciarlo aún más del delito de asociación delictuosa.

En resumen podemos decir que la pandilla desde sus orígenes es esencialmente catalogada como una circunstancia que agrava e incrementa la penalidad que debía imponérsele a cada uno de sus partícipes. Asimismo se establece como pena adicional para los delitos de hurto y daño ocasionados con violencia.

Calificativa en la cual todos y cada uno de sus integrantes son responsables de la conducta delictiva llevada a cabo, asimismo se observa que dicha figura contempla la participación pasiva como en el Código español, reflejándose únicamente como un mecanismo o medio para llegar a fin propuesto, puesto que ante la superioridad numérica frente a la víctima, induce a esta última al menoscabo en sus opciones de defensa.

De esta forma la víctima se encuentra constreñida a realizar y aceptar todas las acciones ejecutadas sobre su persona, puesto que con dicha acción se aniquila cualquier posibilidad de actuar del pasivo, circunstancia que permite a los activos a través de una misma conducta la realización de una pluralidad de eventos delictivos.

CAPITULO II.

MARCO TEORICO

2.1 CONCEPTUALIZACION DE DELITO.

El maestro Celestino Porte Petit señala que la teoría del delito, comprende el estudio de los elementos que lo conforman, su aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo, por lo que la doctrina para conocer su composición ha recurrido a dos concepciones:

a) la totalizadora o unitaria que considera al delito como un bloque monolítico, en virtud de que es una entidad que no se puede dividir en elementos diversos, ya que el delito es un todo orgánico, que puede presentar aspectos diversos pero no es en algún modo fraccionable y su verdadera esencia no esta en cada uno de sus componentes del mismo ni en la suma de ellos, sino en el todo y en su intrínseca unidad orgánicamente homogénea.

b) Por su parte la concepción analítica o atomizadora estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión al existir un vínculo entre ellos, en razón de la unidad del delito, de ahí que se considera que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla. Dentro de ésta concepción se encuentra la dicotómica o bitómica, tritómica o triedrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito, las cuales pueden conformarse con elementos diferentes.

De esta forma los autores que han tratado de definir el delito se manifiestan seguidores de la estructura que de acuerdo al número de elementos con que determinan su concepto le corresponde.

Se considera a Francesco Carrara como el fundador de la escuela clásica, el cual al dar una definición del delito dice "...se deriva comúnmente de delinquere, abandonar, y equivale abandono de una ley".²³

²³ CARRARA Francesco, Programa de derecho criminal, parte general, volumen I. Ed. Temis, Colombia 1973 Pág. 44

De esta forma la definición que proporciona es la siguiente: “Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”.²⁴

A su vez la escuela Positiva sostuvo en sus postulados la concepción de delito como “hecho natural”, Rafael Garófalo, representante de esta tendencia doctrinal, estableció la definición del delito como: “La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.”²⁵

A partir de las aportaciones de la escuela clásica del derecho penal, se tiene la idea clara del delito, es de esta forma como se establece que el delito significa desviación, abandono del camino de la ley. Dicha escuela da a conocer determinados postulados entre los que destacan: la igualdad de derechos de todos los hombres; el libre albedrío existente entre los hombres, y la imputabilidad, es decir la responsabilidad jurídica de sus actos, dentro de la cual se encuentran por causas diversas las personas cuya voluntad se encuentra afectada o disminuida.

Por su parte la escuela positiva elabora tesis diferentes ya que aplica métodos de ciencias naturales al derecho, se dedica al estudio del delincuente, de esta forma la imputabilidad la basan en el hecho social al cual se encuentran incluidos todos los individuos, el delincuente es considerado una persona anormal, y el delito lo conciben como un fenómeno natural y social, consideran a su vez la educación como factor importante para impedir el desarrollo de la criminalidad.

El Código Penal de 1931 en su artículo 7 indica lo siguiente: “Delito es el acto y omisión que sancionan las leyes penales”. Esta concepción establece

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ CORTES IBARRA Miguel Ángel, *Derecho Penal parte general*, 4 edición, Ed. Cárdenas México 1992 Pág. 126.

como elementos del delito una conducta en sus dos esferas ya sea de acción u omisión, la cual se encuentra descrita por una norma penal (tipicidad) y con la amenaza de la imposición de una pena (punibilidad).

Jiménez de Asúa refiere: “Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.²⁶ Para Cuello Calón es la “acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con la pena”.²⁷

González Quintanilla define al delito como “el comportamiento típico, antijurídico y culpable”.²⁸ De estas definiciones se advierte que los autores establecen su definición del delito atendiendo a la ordenación que han adoptado para su conceptualización, denotando que la estructura conceptual más completa es la que proporciona el maestro Jiménez de Asúa, la cual comprende las siguientes características: a) conducta; b) Tipicidad, c) Antijuridicidad; d) Imputabilidad; e) Culpabilidad; f) Condiciones objetivas de Punibilidad; y g) Punibilidad.

Se considera entonces de acuerdo a la concepción heptatómica que el delito es la conducta que debe provenir de una persona imputable (capaz de comprender), es considerada delictiva si encuadra exactamente a la descrita en la ley penal (tipicidad), si se opone al orden jurídico (antijuridicidad), si subjetivamente le es atribuible a su autor (culpabilidad), si se encuentra amenazada con una pena (punibilidad) y se cumplan las condiciones de las cuales depende la pena (condiciones objetivas de punibilidad).

Una vez establecido el concepto del delito en su aspecto positivo se crea una concepción de carácter negativo de la siguiente forma: a) Ausencia de conducta, de la que se deduce que no hay delito, cuando falte la ausencia de voluntad, (sueño, sonambulismo, movimientos auto

²⁶ JIMENEZ DE ASUA Luis, Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito, 3 edición, Ed. Sudamericana Argentina 1958. Pág. 207.

²⁷ CUELLO CALON Eugenio, Ob. cit. pp. 256-257.

²⁸ GONZALEZ QUINTANILLA José Arturo, Derecho Penal Mexicano parte general, 2 edición, Ed. Porrúa México 1993 Pág. 172

reflejos), artículo 15 fracción I, b).-Atipicidad, cuando no hay adecuación a los tipos penales, c) que la conducta se encuentre dentro de una causa de licitud como son: 1. Legítima defensa (artículo 15 fracción IV, 2. Estado de necesidad (artículo 15 fracción V), 3.-Cumplimiento de un deber (artículo 15 fracción VI), 4. Ejercicio de un derecho (artículo 15 fracción VI). d) Inimputabilidad es la incapacidad de culpabilidad (artículo 15 fracción VII), e) Inculpabilidad (artículo 15 fracción VIII), todos del Código Penal para el Distrito Federal, se presenta cuando la conducta se realice bajo un error invencible respecto de la licitud, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta. f) Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y g) Excusas absolutorias.

2.2 CONCEPTUALIZACION DE LA PANDILLA.

Las pandillas hoy en día están constituidas por la mayoría de jóvenes que llegan a delinquir en algún momento, la pandilla puede ser un causante para que los jóvenes delincan y vayan contra las buenas costumbres establecidas y aceptadas por la sociedad. A continuación analizaremos el concepto de pandilla:

2.2. 1 JURIDICO.

El concepto jurídico de la pandilla lo encontramos en el Título Décimo Séptimo, “Delitos contra la seguridad Colectiva” del Código Penal para el Distrito Federal, cuya denominación se establece de la siguiente forma:

ARTICULO 252 “Cuando se cometa algún delito por pandilla se impondrá una mitad más de las penas que correspondan por el o los delitos cometidos, a los que intervengan en su comisión.

Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos.

Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, se aumentará en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro”.²⁹

2.2.2. SOCIOLÓGICO.

Por cuanto hace a la conceptualización sociológica de la pandilla encontramos la siguiente “una pandilla es un grupo de adolescentes y/o jóvenes que se juntan para participar en actividades violentas y delictivas. Las pandillas están constituidas comúnmente entre niños y/o jóvenes de 13 a 20 años”.³⁰

Como se advierte de los conceptos anteriormente establecidos, existe una clara diferencia en los mismos, ya que nuestro código punitivo no establece la circunstancia de que sus participantes de la pandilla sean jóvenes y/o adolescentes, ya que de establecerse dicho aspecto no habría aplicación del código punitivo, al actualizarse el aspecto negativo del delito, ya antes mencionado como inimputabilidad, ello de conformidad con el numeral 12 del mencionado cuerpo legal, la cual impide que se pueda hacer juicio de reproche a la conducta del agente, cuando éste es menor de 18 dieciocho años de edad, siendo por lo tanto únicamente socialmente responsable de su comisión y dentro de la competencia de la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal.

2.3 LA PENA.

²⁹ Código Penal para el Distrito Federal, Novena edición, Ed. Sista México 2004 Pág. 65.

³⁰ Las Pandillas y su regulación ante la ley ()

CONCEPTO Y FUNDAMENTO LEGAL

El concepto de pena nace alternativamente con la aparición del delito, pues se sabe que toda conducta considerada dañosa que afecta a un miembro de la comunidad es merecedora de una sanción. El diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas define a la pena de la siguiente forma: “(Del latín poena, castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta). Disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica”.³¹

Anterior concepción de la que se advierte que únicamente la autoridad que se encuentre facultada para ello podrá imponer la pena, previa comisión del delito, cuyo efecto puede consistir en la privación de la libertad, de algún otro derecho, o afectando el peculio del agente criminal, la cual reafirme el Estado de derecho como consecuencia de la afectación de un bien jurídico protegido.

El maestro Cuello Calón señala “La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal. De esta noción se desprenden los siguientes caracteres de la pena: a) Es un sufrimiento, o sentida por el penado como un sufrimiento. Este proviene de la restricción o privación impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, etc. b) Es impuesto por el Estado. La pena es pública, impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito. c) La pena debe ser impuesta por los tribunales de justicia como consecuencia de un juicio penal. d) Debe ser personal, debe recaer solamente sobre el penado de modo que nadie puede ser castigado por hechos de otros. e) Debe ser legal,

³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico Mexicano, 9 edición, Ed. Porrúa México 1996 Pág. 2372

establecida por la ley, y dentro de los límites por ella fijados para un hecho previsto por la misma como delito”.³²

Definición de la que se denota que la pena es impuesta por el Estado, quién al ser el órgano rector de las instituciones que regulan la convivencia humana, es el único que aplica el castigo correspondiente al autor del delito, para la conservación del orden jurídico, previamente concluido un procedimiento penal, cuyo efecto únicamente lo sufrirá el sentenciado, y cuya determinación debe estar establecida en la ley dentro de un límite específicamente señalado. Anteriores definiciones que se consideran acertadas ya que comprenden la conclusión del procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales establecidos para la administración de justicia.

Para el maestro Castellanos Tena la pena es “el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico”.³³ Noción, que determina la legalidad de la imposición de una sanción a quien a cometido un evento penal, trasgrediendo con ello los bienes jurídicos tutelados por el ente social.

Se considera entonces a la pena el castigo impuesto por el poder público del Estado al delincuente derivado del acto ilícito cometido con base en la ley para mantener el orden jurídico perpetrado y encaminado a su reincorporación social. Las penas y medidas de seguridad usadas en el Distrito Federal, se hallan enumeradas en el artículo 30 del Código Penal, que dice:

- 1.-Prisión (artículo 33).
- 2.-Tratamiento en libertad de imputables (artículo 34).
- 3.-Semilibertad (artículo 35)
- 4.- Trabajo en Beneficio de la Víctima o a favor de la Comunidad (artículo 36).

³² CUELLO CALON Eugenio, Ob. cit. pp. 579-580.

³³ CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 40 edición Ed. Porrúa México 1999 Pág. 318.

- 5.- Sanción Pecuniaria (artículo 37).
- 6.- Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito (artículos 29, 30-39).
- 7.-Derogado (D. O. F. Del 13 de enero de 1984).
- 8.-Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito (artículos 53).
- 9.- Suspensión o Privación de Derechos (artículos 56-59).
- 10.- Destitución e Inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos (artículo 56-59).

2.3.1 FINES DE LA PENA.

Diversos autores han tratado de establecer cual la esencia de la pena y su finalidad, siendo el representante del periodo humanitario César Bonesana, Marques de Beccaria, quien establece por primera vez que “el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”.³⁴

Para el maestro Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes fines: “a) Obrar sobre el delincuente creando en él, por el sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir y sobre todo, como finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social. Si el delincuente es insensible a la intimidación y no fuere susceptible de reforma, la pena debe realizar una función de eliminación de dichos individuos del ambiente social. b) Obrar no sólo sobre el delincuente, sino también sobre los ciudadanos pacíficos mostrándoles mediante su conminación y su ejecución las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizando así su sentimiento de respeto a la ley y creando en los hombres de sentido moral escaso, por razones de propia conveniencia, motivos de inhibición para el porvenir. La

³⁴ BONESANA César, Tratado de los delitos y de las penas, 9 edición, Edit. Porrúa México 1999 Pág.45.

función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado, se denomina individual o especial; cuando se ejerce sobre la colectividad en general se llama prevención general”.³⁵

Castellanos Tena indica que “el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirla, debe ser *intimidatoria*, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; *ejemplar*, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; *correctiva*, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educativos adecuados, impidiendo así la reincidencia; *eliminadora*, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, *justa*, pues la injusticia acarrearía males mayores, no sólo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar sociales”.³⁶

Se considera entonces que los fines de la pena son principalmente los de preservar el orden social, rehabilitando al sujeto activo, para salvaguardar los valores esenciales de la colectividad, preservando la organización y su funcionamiento, evitando la reincidencia delictiva y la comisión de nuevos delitos para la población general, ante la amenaza pública de su imposición.

Ignacio Villalobos indica: “De esos mismos fines se puede inferir los caracteres de la pena como sigue:

- A) Para que la pena sea intimidatoria debe ser AFLICTIVA, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; debe ser LEGAL, ya que sólo 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

³⁵ CUELLO CALON Eugenio, Ob. cit., pp. 582-583.

³⁶ CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit. pp. 319-320

investigar y sancionar los delitos, por indultos graciosos, etc., deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.

B) Para que sea ejemplar, debe ser PUBLICA; no con la publicidad del espectáculo morboso y contraproducente que se usó en la edad media, durante la revolución francesa y en otros momentos de exceso y embriaguez de poder, pero sí en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciudadanos la realidad del sistema penal.

C) Para ser correctiva, en forma específica, debe disponer de medios CURATIVOS para los reos que lo requieran, EDUCATIVOS para todos y aun de ADAPTACIÓN al medio cuando en ello pueda 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.

D) Las penas eliminatorias se explican por sí mismas y pueden llegar a ser la de muerte, la de reclusión o de relegación perpetua, o del destierro.

E) 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 categorías o clases de personas, hoy desconocidas, pero procurando efectos equivalentes ya que no hay igualdad. Deben ser suficientes (no más ni menos de lo 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 restitución total en casos de error; PERSONALES o que sólo se apliquen al responsable; VARIAS, para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso; y ELASTICAS para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad.

A veces se agrega que sean ECONÓMICAS o que no exijan grandes sacrificios del Estado. La verdad es que a esta recomendación puede haber la certeza de que se dará vida sin necesidad de mucha insistencia, y quizá valiera más encarecer el beneficio de hacer lo necesario sin escatimar gastos que, con poca reflexión, pueden fácilmente tomarse como excesivos”.³⁷

Los caracteres de las penas son aquellos elementos especiales para cumplir con los fines mencionados ya sea previniendo, castigando y readaptando al delincuente a la sociedad; el derecho penal debe prevenir la comisión del delito a través de la amenaza de la aplicación de una pena, y cuando esta no cumple el fin que se persigue es la enmienda o reeducación la que conlleva a la prevención especial, toda vez que debe amonestarse al delincuente a que no reincida en su conducta dañosa, asimismo se debe seguir una política de prevención general para que toda la población al conocer el alcance de la penalidad que señala la ley, se abstenga de la comisión de nuevos delitos. Asimismo debe señalarse que el derecho penal castiga delitos y no delincuentes, toda vez que la legislación penal se caracteriza porque sanciona la conducta criminal cometida y no las características del delincuente, en virtud de que la pena se impone atendiendo al grado de culpabilidad del agente y no al grado de la peligrosidad que representa.

2.3.2 CLASIFICACION DE LAS PENAS.

Las penas pueden clasificarse de diferentes puntos de vista, siendo los caracteres más importantes que prevalecen entre los diferentes autores los siguientes: Castellanos Tena indica que “por su fin preponderante, las penas se clasifican en *intimidatorias*, *correctivas* y *eliminatorias*, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos. Por el bien jurídico que afectan, o atendiendo a su naturaleza, pueden ser: contra la vida (pena capital); corporales (azotes, marcas, mutilaciones); contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado); pecuniarias (privan de

³⁷ VILLALOBOS Ignacio, Ob. cit. pp. 525-526.

algunos bienes patrimoniales, como multa y la reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.).³⁸

De la anterior clasificación proporcionada se advierte que la misma constituye un antecedente de la sistematización de las penas que se ha elaborado a través del tiempo en que se ha determinado la forma de aplicar el castigo al delincuente, ello atendiendo a que en la actualidad la legislación punitiva no contempla como se denota en el artículo 30 del Código Penal la pena capital, ni la corporal.

Ignacio Villalobos indica que “por la 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, por su naturaleza y por su fin se consideran secundarias. Accesorias, que son aquellas que, sin mandato expreso del juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal: como la interdicción para el ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión; imposibilidad para ejercer cargos como el albaceazgo, la tutela, etc”.³⁹

Para Carlos Fontan Balestra la penas pueden ser: “Penas Rígidas o Elásticas. Entendiéndose por pena rígida, también llamada fija, aquella cuya duración está determinada de antemano en la ley. Así sucedía en las viejas legislaciones, que para cada delito establecían la calidad y cantidad de pena que correspondía aplicar, sin consideración a la persona del autor ni las circunstancias particulares de cada caso. Mediante ellas no es posible adecuar la sanción a la personalidad del delincuente. Se adoptan entonces las sanciones conocidas con el nombre de Flexibles o Elásticas; la ley determina un máximo y un mínimo, limitando con ello el ámbito penal dentro del cual el

³⁸ CATELLANOS TENA Fernando, Ob. cit. Pág. 320.

³⁹ VILLALOBOS Ignacio, Ob. cit. pp. 526-527

juez debe fijar el quantum adecuado a la naturaleza del hecho y a la personalidad del delincuente”.⁴⁰

Anteriores clasificaciones que se han desarrollado para el castigo del delito, de las que se desprende que la determinación de la pena no debe atenderse al capricho del juzgador sino a los límites señalados en la ley, y a su arbitrio judicial, toda vez que se debe fundamentar y motivar la causa por la cual se impone el grado de culpabilidad del agente en la misma, tomando en consideración la naturaleza del hecho delictivo, las circunstancias o peculiaridades de la víctima, del activo, las acontecimientos que lo conllevaron a delinquir para determinar la duración de la pena, la cual puede consistir en la privación de la libertad del delincuente, la imposición de una multa, ambas o la privación de algún derecho etc., ello atendiendo a que al aplicar una pena el titular del órgano jurisdiccional decide condenar por encontrar reprochable la conducta del activo, toda vez que ante los hechos debidamente probados se debe imponer una sanción, a fin de preservar el orden social y prevenir la reincidencia.

Como se sabe el código punitivo establece para cada uno de los eventos ilícitos en él descritos, una pena específica, la cual se encuentra fijada dentro de un parámetro mínimo y un máximo, misma que constituye la consecuencia directa del delito, ya que el Estado la impone a través de las personas físicas a las cuales les ha conferido la facultad de su determinación, al juzgar los hechos ante el sometidos, por lo que una vez que se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la responsabilidad del agente en su comisión se establece la individualización de la pena misma que debe establecerse con toda precisión, dentro del sistema dosimétrico penal anteriormente señalado, la cual se impone tomando en consideración el grado de culpabilidad de la conducta desplegada por el activo, sin que se tome en consideración su grado de peligrosidad, que determina su estudio criminológico, ya que el derecho punitivo sanciona el acto cometido por contravenir el orden jurídico, toda vez que de lo contrario se

⁴⁰ FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho Penal Introducción y Parte General, 12 edición, Ed. Abeledo Perrot Argentina 1989, pp. 607-611

estaría predisponiendo a la reincidencia del penado y su aislamiento de la sociedad.

2.4 CONCEPTO DE PUNICION.

El procedimiento en los juzgados penales inicia con la consignación que realiza el Ministerio Público, de un hecho que el mismo considera delictivo y termina con la resolución que determina la situación legal definitiva de la persona sometida a su jurisdicción, por lo que al dictarse la misma, el juez como titular del órgano jurisdiccional una vez comprobado que la conducta ejecutada por el activo es delictiva ha de pronunciar en su contra juicio de responsabilidad que se concretará en la imposición de pena si es imputable o de medida de seguridad si de inimputabilidad se trata. Pero para determinar concretamente la cantidad de la misma o para regular la punibilidad de su comportamiento, tendrá que acudir no sólo al tipo penal que describe la conducta y señala la sanción aplicable, sino a los artículos 70, 71 y 72, que indican los factores que habrán de tomarse en cuenta en la fijación de la dosimetría penal y a las pautas contenidas en el apartado general del código punitivo aplicables al caso en específico.

El Código Penal fija la naturaleza de las penas y la duración de las mismas parten de un límite mínimo y un máximo, toda vez que la sentencia judicial no puede fijar pena de naturaleza distinta a la que la ley establece, ni puede fijar términos que sean inferior al mínimo o restringido, en caso contrario violentaría el principio de legalidad contenido en el artículo 14 constitucional que en su párrafo tercero prohíbe imponer pena alguna que no esté señalada en ley exactamente aplicable al delito que se trata, “es la aplicación de los principios del *nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine iudicio y memo iudex sine lege*, consagrados en la constitución”.⁴¹

⁴¹ REYES ECHANDIA Alfonso, Derecho Penal parte General, 11 edición, Ed. Temis, Colombia 1990, Pág. 252

No hay crimen, ni se impone una pena sin ley, no se pena sin juicio y no existe juicio sin ley, aforismo que proporciona certeza jurídica al gobernado ante una actividad arbitraria por parte de la autoridad que afecte su persona, su libertad o sus bienes patrimoniales.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales define a la punición de la siguiente forma: “f. Punishment, penalti, castigación, castigo o represión”.⁴² Por su parte la maestra Irma Amuchategui Requena indica que “la punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto”.⁴³

Anteriores nociones que establecen a la punición como la etapa en la que se resuelve en definitiva una causa o evento delictivo sometido ante los tribunales jurisdiccionales, en la cual se impone con precisión la subsistencia de la pena que deberá sufrir el sentenciado como resultado del acreditamiento de su conducta dañosa, reprochada por el Estado.

Se considera la punición como aquella fase en la que acreditado previamente el delito que le es atribuido a una persona por el ministerio público, y su responsabilidad se determina específicamente la duración del castigo que se establece al enjuiciado por su conducta delictiva, esto es el establecimiento de la pena que a cada delincuente le corresponde.

Por lo tanto, la punición comprende la imposición de la pena, la cual es el castigo que habrá de satisfacer el agente previamente acreditado, tanto el cuerpo del delito como su plena responsabilidad en la comisión del mismo, toda vez que es el resultado de la valoración de los elementos de convicción que obran en la causa penal, las cuales deben ser aptas e idóneas para acreditar que la conducta ejecutada por el activo, encuadra con precisión en lo que la ley penal describe como delito y que existe de

⁴² OSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales, 6 edición, Ed. Heliasta, Argentina 1990. Pág. 347.

⁴³ AMUCHATEGUI REQUENA Irma, Derecho Penal curso primero y segundo, 2 edición, Ed. Harla México 1998, Pág. 90

igual forma prueba de su obrar doloso o culposo, y la exigencia de la sociedad de llevar a cabo una conducta diversa a la ejecutada, etc., es aquel juicio de valoración en el que se especifica la pena determinando en una escala de graduación, el grado de culpabilidad del agente, el menoscabo o peligro a que fue expuesto el bien jurídico tutelado, estableciendo con exactitud la condena del sentenciado, la que comprende a su vez determinado el caso, en concreto el incremento o disminución por circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas de los delitos culposos artículo 76, tentativa artículo 78, concurso real, ideal o delito continuado artículo 79, grado de participación en la comisión del delito artículo 81, y error de hecho vencible artículo 83, todos del Código Penal para el Distrito Federal.

2.5 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL.

Para Paul Johan Anselm Von Feuerbach, el principio de legalidad en el derecho penal se basa en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado también de manera previa por la ley.

La legalidad penal es entonces, un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

En este sentido, el principio de legalidad contiene los siguientes elementos:

1. LA LEGALIDAD EN SENTIDO FORMAL: Implica, en primer término, la reserva absoluta y sustancial de ley, es decir, en materia penal solo se puede regular mediante una ley los delitos y las penas, no se pueden dejar a otras disposiciones normativas esta regulación, ni por la costumbre, ni por el poder

ejecutivo ni por el poder judicial pueden crearse normas penales tan solo por el poder legislativo y por medio de leyes que han de ser orgánicas en los casos en que se desarrollen Derechos Fundamentales y libertades públicas.

2. LA LEGALIDAD EN SENTIDO MATERIAL: Implica una serie de exigencias, que son:

a Taxatividad de la ley: las leyes han de ser precisas, ésta exigencia comporta cuatro consecuencias:

- La prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Como regla general las normas penales son irretroactivas, excepto cuando sean más favorables para el reo.

- La prohibición de que el poder ejecutivo o la administración dicte normas penales.

- La prohibición de la analogía en materia penal, es decir, generar razonamientos y conductas basándose en la existencia de semejanza con otra situación parecida)

- Reserva legal. Los delitos y sus penas deben ser creados por ley y solo puedan ser creados por esta, descartándose otros medios de formación de legislación penal, como podrían ser la costumbre o las resoluciones judiciales.

Conforme al principio de legalidad, sólo la ley crea delitos, y únicamente podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Es por eso es que decimos que no hay delito sin ley. Mientras la ley no prohíba un hecho, el hombre tiene libertad para realizarlo.

Por lo que dicho principio se debe establecer desde las primeras clasificaciones, a fin de que se establezca una adecuada determinación del delito por el que el procesado se sujetara a formal procesamiento, ello a fin de que dicha persona tenga la plena oportunidad de conocer la acusación que existe en su contra y a su vez, establezca las probanzas y mecanismos de defensa a fin de que se garantice un verdadero equilibrio procesal, puesto que

no es posible sancionar de forma doble una misma conducta o un mismo delito, a fin de evitar que se vulnere la esfera jurídica del gobernado.

CAPITULO 3

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PANDILLA.

3.1.- DELITOS EN LOS QUE RESULTA APLICABLE LA PANDILLA.

Es de explorado derecho saber que, la pandilla se encuentra establecida sistemáticamente en el libro segundo del código punitivo, hecho que resulta inconcebible y además cuestionable, puesto que tal figura se confunde por su estructura con un delito, tan es así, al encontrarse plasmada en la mencionada parte especial del código penal, el cual es relativo a las conductas que vulneran un bien jurídico tutelado.

Aunado a lo anterior, se puede precisar que, dicha figura se encuentra integrada por una hipótesis normativa, traducida en un precepto y una sanción, ello al estar prevista de un supuesto normativo y una punibilidad específica, pero autónoma y variable en cada caso en particular, puesto que dicha penalidad se agrega o adiciona a otra, de la cual tiene relación directa e inmediata, a fin de coexistir para formar un delito complejo o complementado, en el que la pena a imponer por el juzgador, se aumente tomando en consideración las peculiaridades del delincuente, así como la magnitud del evento delictivo cometido.

La participación delictiva prevista en la pandilla, se encuentra sancionada propiamente en dicho numeral, al producirse el efecto de aumentarse o incrementarse la penalidad por la forma de comisión, puesto que la norma penal protege no sólo los bienes jurídicos de interés general, sino también la vulnerabilidad en la que se encuentra el pasivo ante la conducta típica realizada en su contra.

Ahora bien de la interpretación gramatical de lo dispuesto por el artículo 252 del Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que la pandilla es una mera circunstancia calificativa en la comisión de hechos delictivos, en virtud de la cual se aumentan las sanciones de los delitos cometidos por tres o más personas que se reúnen de manera habitual u ocasionalmente, aunque no estén organizadas para delinquir, ni tengan como fin propio la comisión de un delito.

Lo anterior, se establece ya que de acuerdo a la estructura legal de la pandilla, dicha figura se encuentra establecida como un dispositivo móvil, no

vinculado en abstracto con tipo penal alguno, de manera tal que puede ser conectado, en concreto con todas las figuras delictivas contempladas en el mencionado código punitivo, que se consumen o no, hablando de la tentativa, siempre y cuando haya compatibilidad con su estructura típica de aquellas, produciéndose así el fenómeno jurídico, en el que, a la pena principal del delito de que se trate, se sobrepone una accesoria por la agravante en cuestión.

Resultando por lo tanto una labor plena y profundizada del juzgador, establecer la existencia o aplicación de la calificante en cuestión, puesto que, a éste, es al que le corresponde hacer un análisis pormenorizado y a consecuencia de ello, la fijación e imposición de la pena o castigo a sufrir por parte del justiciable.

A fin de aclarar y profundizar más en el tema planteado, se transcribe el siguiente criterio de nuestro máximo Tribunal:

PANDILLERISMO, HETERONOMIA DE LA CALIFICATIVA DE.

El artículo 164 bis del código punitivo del Distrito Federal, así como los demás ordenamientos de las entidades de la República que contienen la misma disposición, **no establecen el pandillerismo como delito autónomo, sino como una circunstancia agravante de las infracciones que por su naturaleza la admiten**, pues su texto establece que se aplicará a los que intervengan "además de las penas que les correspondan por él o los delitos cometidos...", **lo que sólo incrementa la sanción en relación directa con los ilícitos cometidos "en pandilla"**.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 609/95. Adelfo Poblano Peña y otros. 24 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, tesis 1243, página 1996.⁴⁸

Ahora bien, a fin de determinar en que delitos resulta aplicable la mencionada calificativa, se establece que sólo resulta incompatible con las siguientes figuras:

a).- La Autoría indeterminada prevista en el artículo 26 del Código Penal en comento, el cual establece: “Cuando varios sujetos intervengan en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada quien produjo, para su punibilidad se estará a lo previsto en el artículo 82 de éste Código”.⁴⁹

Figura penal que, se encuentra sancionada de conformidad con el numeral 82 del mencionado cuerpo punitivo, de la siguiente forma: “Para el caso previsto en el artículo 26 de éste código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo a las tres cuartas partes del máximo de las penas o medidas de seguridad correspondientes para el delito cometido, según su modalidad”.⁵⁰

Toda vez que, al entrar al análisis del rango de punibilidad mencionado, de acuerdo a la dosimetría penal, se establece la actualización de una circunstancia atenuante, cuyo efecto jurídico es, reducir o disminuir en sus rangos de aplicación la pena que se va imponer, lo que se refleja en consecuencia en beneficio del agente criminal, resultando por lo tanto, incompatible con la figura de pandilla analizada.

b).- La prevista en el artículos 138, fracción I, inciso b) del código punitivo, relativas a las reglas comunes para los delitos de homicidio y lesiones, el cual establece: “El homicidio y las lesiones son calificadas cuando se

⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, No. Registro: 203,260, Tesis aislada, Tomo: III, Febrero de 1996, Tesis: VI.2o.52 P, Pág. 455

⁴⁹ Código Penal para el Distrito Federal, Ob cit, pp. 5, 22.

⁵⁰ Ibidem.

cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña o en estado de alteración voluntaria”.⁵¹

“Fracción I. Existe ventaja: inciso b).- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él”;⁵²

Dicha calificativa de ventaja, resulta incompatible con la figura de pandilla en estudio, ello en atención que, por el número de sujetos que intervengan en la comisión de los delitos de homicidio u lesiones, se estaría recalificando dicha conducta en perjuicio del delincuente, ante la violación al principio jurídico non bis in idem, que consagra el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c).- Asimismo la prevista y sancionada en el numeral 160 cuarto párrafo del código penal, relativo al delito de Privación de la Libertad Personal, en el cual se establece: “La pena de prisión se aumentará en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, la víctima sea menor de edad o mayor de sesenta años o por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto del agente”.⁵³

Dicha calificativa resulta incompatible con la figura penal en estudio, en virtud de que al establecer una inferioridad física de la víctima, indudablemente se estaría contemplando una superioridad numérica de los criminales, quienes utilizan dicha circunstancia, para alcanzar el efecto delictivo deseado, resultando de igual manera, al momento de su aplicación, la recalificación de conducta, ya antes mencionada en perjuicio del agente.

⁵¹ Idem pp. 33-34.

⁵² idem.

⁵³ Idem Pág. 39.

d).- La calificativa prevista y sancionada en el artículo 164 fracción III del código punitivo, relativo al delito de secuestro, en el que se prevé: “Que quienes lo lleven a cabo actúen en grupo”.⁵⁴

Lo anterior por considerar, que al hablar de un grupo, se encuentra inherente la participación delictiva, y en consecuencia se colman los elementos integrantes de la figura de pandilla, lo cual implica una recalificación de conducta, ello al momento de la imposición de la pena respectiva, puesto que dicha calificativa cumple con el fin propuesto, es decir, sancionar de manera más enérgica la conducta desplegada, resultando por lo tanto, la conculcación del principio constitucional anteriormente referido.

e).- La calificativa prevista y sancionada en el artículo 178 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, relativa a la violación y el abuso sexual tumultuario, mismo que establece lo siguiente “Con intervención directa o inmediata de dos o más personas”⁵⁵

Como se sabe tanto la violación, como el abuso sexual, son delitos que afectan la libertad y el normal desarrollo psicosexual de la víctima, tratándose de menores de edad en este último aspecto, por lo que la conducta verdaderamente se hace nefanda cuando es realizada por un agente criminal, más aún, cuando en ella interviene la participación delictiva, siendo que es un acierto del legislador establecer dicha agravante, en la que se establece un aumento considerable de la penalidad correspondiente, misma en la que ante la intervención de más de dos sujetos, se colman los elementos como se ha señalado de la pandilla, resultando por lo tanto incompatible la existencia de ésta última, pues se recalifica con los mismos elementos el evento delictivo, circunstancia que se encuentra prohibida por la Constitución Federal, atento al principio non bis in idem. (Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito).

⁵⁴ Idem Pág. 40.

⁵⁵ Idem Pág. 43.

La superioridad numérica que va implícita en éstas calificativas, desplaza la aplicación de la pandilla, dada la imposibilidad física o material de defenderse de la víctima, frente a la agresión inminente del activo.

Se debe recordar que la constitución federal, es aquel cuerpo legal que constituye y organiza el sistema legal del Estado, al considerarse la ley suprema de todo el país, su jerarquía impide su cuestionamiento o disputa con otro cuerpo legal, pero su interpretación armónica, se denota reflejada en el planteamiento de los principios penales, elevados al grado de garantías del gobernado, a fin de evitar su atropello, ante la posible actividad arbitraria del mismo ente colectivo, quien debe autodeterminarse en su actuación.

Es por lo que se puede afirmar que la aplicación de la pandilla, actualmente se encuentra restringida o limitada, puesto que ante todo, al momento de su acreditación, no se debe vulnerar las garantías constitucionales del gobernado, ello en atención de que de acuerdo al principio de legalidad, establecido por nuestra carta magna, en el sentido de que en materia penal se debe aplicar exactamente la ley penal al caso en concreto, sin que se permita la analogía, ni mucho menos la mayoría de razón, además de las restricciones derivadas del mismo principio, en el que las autoridades sólo le esta permitido actuar, en el ámbito de sus funciones conforme a la letra de la ley, evitando las prácticas abusivas, es entonces que se debe especificar y visualizar el hecho cometido en comparación con la hipótesis normativa, a fin de establecer la aplicación de la mencionada agravante.

Resultando adecuado el siguiente criterio que se transcribe a fin de ejemplificar lo expuesto:

No. Registro: 203,693

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Diciembre de 1995

Tesis: II.2o.P.A. J/2

Página: 429

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA, RECALIFICACION DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTIAS.

De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma "non bis in idem" reconocido por el artículo 23 constitucional.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

3.2.- LA VENTAJA COMO CIRCUNSTANCIA DISTINTA DE LA PANDILLA.

Se ha hablado con anterioridad de la incompatibilidad de la calificativa de ventaja, con el de pandilla que analizamos, siendo que dichas calificativas se observan estructuralmente similares, por el número de partícipes, así como por su hecho generador (el homicidio tumultuario), sin embargo, las mismas resultan diferentes en cuanto a su rango de aplicación, ello debido a lo siguiente:

Las reglas comunes para los delitos de Homicidio y lesiones, se encuentran previstas específicamente en el Título Primero, denominado “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, Capítulo III, y en las cuales se establece como se ha mencionado en el artículo 138 del Código Penal para el Distrito Federal lo siguiente: “El homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña o estado de alteración voluntaria”⁵⁶

De lo anterior se establece que, aplicando la hermenéutica jurídica, como forma de interpretación, la pandilla jamás podría calificar al delito de homicidio en la actualidad, ya que no se encuentra dentro de las hipótesis establecidas en las ya mencionadas reglas comunes para los delitos de homicidio y lesiones, por lo tanto, se advierte que la calificativa de pandilla analizada, se ha apartado de la causa o hecho generador, que le dio vida en nuestro cuerpo penal.

No obstante lo anterior, una conducta tumultuaria en el homicidio no debe quedar impune, por lo cual éste delito se encuentra adicionado con la calificativa de ventaja, prevista en la fracción I del mencionado numeral 138 del código punitivo, misma que establece diversos incisos, siendo únicamente de nuestro interés el siguiente:

“b).- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas **o por él número de los que intervengan con él**”.⁵⁷

De lo que se colige que al establecer el legislador la expresión anterior, está instituyendo la participación delictiva de dos o más personas, existiendo por lo tanto similitud con la calificativa de pandilla en estudio en cuanto al número de integrantes, más no así, en cuanto a su aplicación, puesto que se reitera la pandilla no califica a los delitos contra la vida y la integridad corporal.

⁵⁶ Idem. pp. 33-34.

⁵⁷ Idem.

La pandilla en la forma como el código la concibe, no es una figura delictiva, sino una regla tocante al concurso eventual de personas a un hecho punible, que como tal debería contenerse en el libro primero. En efecto, no se castiga al miembro de la pandilla por el sólo hecho de pertenecer a ella, como ocurre, en cambio, con la asociación delictuosa, sino por delinquir en pandilla.

Esta circunstancia tiene por efecto que se agrave la responsabilidad por los delitos cometidos, sumándose a la pena que ellos merecen la que la ley irroga por haberlos perpetrado en pandilla. El carácter general de la regla, aplicable a todos los delitos que por su naturaleza pueden cometerse en pandilla, torna especialmente desacertado hacerle sitio a continuación de la figura delictiva de asociación delictuosa.

3.3- LA PANDILLA DESDE SU ASPECTO LEGISLATIVO.

De conformidad con lo establecido por el Diario Oficial de fecha 08 de Marzo de 1968, dicha circunstancia cualificante, fue adicionada al código penal de 1931, con la finalidad de calificar las penas de todos aquellos delitos que, previo acuerdo tácito o expreso, fueran cometidos en común por tres o más personas, mismas que reunidas de manera habitual, ocasional o transitoria, no estuvieran organizadas con fines ilícitos.

Se trata de un dispositivo móvil, no vinculado en abstracto con tipo alguno, de manera tal que puede ser conectado, en concreto, con todas las figuras delictivas del código punitivo, siempre y cuando haya compatibilidad con la estructura típica de aquéllas, produciéndose de ésta forma, el fenómeno jurídico, en el que, a la sanción principal del evento delictivo de que se trate, se sobrepone una sanción accesoria por la agravante en comento.

A mayor abundamiento resulta aplicable el siguiente criterio de nuestro máximo tribunal:

PANDILLA, AGRAVANTE DE. NO OPERA EN LOS DELITOS EN LOS QUE NO SE EJERCE VIOLENCIA SOBRE LA VÍCTIMA (ARTÍCULO 164 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL).

La intención del legislador al crear la figura delictiva de pandilla prevista en el invocado numeral 164 bis, fue la de agravar las penas de todos aquellos delitos que, previo acuerdo tácito o expreso tomado al efecto por los sujetos activos, fueran cometidos en común por tres o más personas que reunidas de manera habitual, ocasional o transitoria, no estuvieren organizadas con fines ilícitos, **en el entendido de que tales injustos sociales debían de tener ejecución de carácter violento, como acontecía con el homicidio tumultuario**, dado que en un principio la reforma que dio origen a la agravante en cuestión se dirigía a este delito, pero los legisladores estimaron que debía hacerse extensiva a ilícitos de comisión similar, por lo que la misma no puede aplicarse tratándose del fraude, puesto que éste tiene como formas de ejecución, el aprovechamiento del error en que se encuentra o se hace incurrir a la víctima, o bien, el engaño producido por la serie de recursos intelectuales o habilidades utilizados por el activo para hacer creer al pasivo una falsa representación de la verdad, las cuales, por su propia naturaleza, no implican actos o medios de carácter violento.⁵⁸

Sin que sea obstáculo, el hecho de que, el anterior criterio de jurisprudencia haya perdido vigencia, ello en atención al cambio de denominación del cuerpo punitivo, así como de su articulado, ya que de su interpretación literal se advierte que, la verdadera intención del legislador al dar vida a la calificativa en estudio fue, la de sancionar con mayor severidad las penas de todos aquellos delitos que, previo acuerdo tácito o expreso tomado al efecto por los sujetos activos, fueran cometidos en común por tres o más personas que reunidas de manera habitual, ocasional o transitoria, no

⁵⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Jurisprudencia, No. Registro: 195,418, Novena Época, Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: I.1o.P. J/6
Página: 1022

estuvieren organizadas con fines ilícitos, **en el entendido de que tales injustos sociales debían de tener ejecución de carácter violento.**

Siendo por lo tanto necesario e indispensable, que se agregue como característica a sus elementos integradores de la pandilla, el de la violencia, ello atendiendo al hecho o causa generadora que le dio vida en el cuerpo penal, esto con la finalidad de diferenciar su rango de aplicación.

3.4.- ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA PANDILLA.

Como se ha advertido, la pandilla se encuentra integrada por los siguientes elementos, los cuales deben concurrir de manera simultánea, ya que de lo contrario, difícilmente se podría establecer como circunstancia cualificante, mismos que a saber son:

ELEMENTO FISICO Y NUMERICO.- Que el delito se cometa por tres o más personas; estableciendo para ello un parámetro mínimo, más no máximo de los partícipes.

ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL.- Que los agentes se reúnan ocasional o habitualmente, es decir, que no exista permanencia en el tiempo, ni en el espacio, de la mencionada reunión.

ELEMENTO PSÍQUICO.- Que los agentes no se encuentren organizados con fines delictivos, produciendo por lo tanto, el resultado de manera espontánea e improvisada, debido a la ocasionalidad de las circunstancias que son aprovechadas por los partícipes.

3.5.- LA VIOLENCIA COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA PANDILLA.

Se considera oportuno establecer como elemento integrador de la pandilla a la violencia, ello atendiendo a la verdadera intención del legislador al crear la calificativa en estudio.

Debe decirse que en el código punitivo, el legislador olvido establecer concepto alguno de la violencia, por lo que a fin de establecer su conceptualización debe señalarse lo siguiente:

El medio comisivo de violencia se configura en términos de lo dispuesto en el numeral 373 del código penal abrogado de 1931, mismo que dice: "La violencia a las personas se distingue en física y moral.-Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.-Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla." ⁵⁹

La violencia moral, se presenta en todos aquellos movimientos expresivos o corporales que como amenazas son idóneos para inspirar miedo por un potencial mal grave, presente e inminente que constriñe la voluntad de la víctima, para aceptar el evento delictivo, como en el caso en estudio, ya que con tal amenaza, logran conseguir el otorgamiento de un acto que no se hubiera aceptado de no mediar la erradicación de la voluntad, aun en su más mínima expresión, pues opera psicológicamente en el ánimo del pasivo para vencer su elemental resistencia anímica.

Es de esta forma que la violencia moral conduce al pasivo del hecho a acatar los actos del activo, es así que cuando se amaga o amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato capaz de intimidarlo, la intimidación aniquila la libertad, su esencia consiste en causar miedo en el ánimo de una persona o en llevar a él una perturbación angustiosa por un riesgo o mal, que realmente amenaza o se finge en la imaginación para inducir al pasivo a obedecer en cuanto al hecho ilícito. Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y le priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce efectos análogos, contra la resistencia del pasivo por la coacción moral.

⁵⁹ Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Sista, México 1989, Pág. 196.

Dicha calificativa resulta la más utilizada por la criminalidad, para concretar el delito de robo, el cual se encuentra tipificado como calificado en el código punitivo, en su artículo 225, sin embargo la pandilla no se concibe con la fracción II, del mencionado numeral, ya que el mismo agrava la conducta delictiva de robo cuando se cometa “Por una o más personas armadas o portando instrumentos peligrosos”.⁶⁰

Lo anterior se sostiene por la participación delictiva, que dicha calificativa lleva intrínseca, puesto que al actualizarse la misma por tres o más personas, se estaría recalificando la misma conducta delictiva, al aplicar el pandillerismo, además de la violencia contemplada en dicha fracción, lo que implica como se ha observado un atropello del principio non in bis ídem.

3.6.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LA PANDILLA CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA PENA.

Por cuanto hace a las similitudes de la pandilla con otras circunstancias cualificantes, las mismas se expresan en cuanto al efecto que producen al momento de establecer la punición del delito cometido, ello en atención de que, al actualizarse cualquier circunstancia modificativa en la comisión delictiva, a la pena impuesta se agrega una pena accesoria, la cual aumenta la penalidad determinada, circunstancia que resulta inversa cuando se encuentra una tipificación atenuada o disminuida.

Ahora bien, respecto de la diferenciación, la pandilla es un dispositivo móvil que puede ser conectado con cualquier conducta típica, siempre y cuando ésta sea compatible con los elementos que la misma establece, por lo que a fin de evitar la arbitrariedad judicial, primeramente se debe visualizar las reglas específicas que cada título prevé del código punitivo, ello de conformidad con las medidas establecidas por el

⁶⁰ Código Penal, Ob cit. Pág. 56

concurso aparente de normas, toda vez que, cuando una misma materia es regulada por diversas disposiciones: la especial debe prevalecer sobre la general, la de mayor protección al bien jurídico absorbe a la de menor alcance (consunción o absorción), la principal excluye a la subsidiaria.

A manera de ejemplificar lo anterior, en el análisis realizado a las diversas calificantes mencionadas en el punto inicial del presente capítulo, se puede observar la aplicación de reglas específicas, que hacen imposible la actualización o acreditación de la calificante de pandilla en estudio.

CAPITULO 4.

LA PENALIDAD EN LA PANDILLA (PROPUESTA SOBRE SU APLICABILIDAD).

4.1.- PENALIDAD APLICABLE EN LA PANDILLA.

La penalidad es el parámetro mínimo y máximo, que establece el legislador en el tipo penal, a fin de que el juzgador atendiendo a las consideraciones del caso en concreto y de las circunstancias del delincuente, imponga el castigo correspondiente. La penalidad que se establece para la pandilla se encuentra en el numeral 252 párrafos primero del código punitivo, el cual menciona lo siguiente:

“Cuando se cometa algún delito por pandilla, se impondrá una mitad más de las penas que correspondan por él o los delitos cometidos, a los que intervengan en su comisión”.⁶¹

De lo que se advierte que dicha calificante, tiene un rango de penalidad que fluctúa genéricamente, ya que no establece un parámetro mínimo, ni máximo en específico, por lo cual depende de la pena principal del delito cometido, a la cual se agrega ésta de manera accesoria.

La pena de prisión se impone, tomando en consideración el grado de culpabilidad que le designe el juzgador al agente, a la gravedad del ilícito, tomando en cuenta las reglas establecidas por los numerales 71 y 72 del Código Penal. Asimismo la multa que se imponga, según el caso, se elevará de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 del mencionado código punitivo, siendo su factor la percepción económica diaria del sentenciado o el salario mínimo al momento de la consumación del hecho delictivo.

4.2.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA PENA ADICIONALES A LA PANDILLA.

La pandilla en su texto vigente, se encuentra establecido de manera tal que, pudiera confundirse con un delito básico o fundamental, esto puede ser en atención de que, de acuerdo al capítulo II, del título Décimo Séptimo del código punitivo, se encuentra acompañado de los delitos de Asociación delictuosa y delincuencia organizada, sin embargo, de acuerdo a su naturaleza jurídica, la pandilla es una mera circunstancia calificativa en la comisión de hechos delictivos, en virtud de la cual se aumentan las sanciones de los delitos cometidos por tres o más personas que se reúnen de manera habitual u ocasionalmente, aunque no estén organizadas para delinquir, ni tengan como fin propio la comisión de un delito.

⁶¹ Código Penal, Ob cit. Pág. 65

Diferenciándose en este sentido de los eventos delictivos mencionados, partiendo en la efímera duración de la reunión de sus integrantes, su finalidad propuesta, la jerarquía entre sus miembros y el principio de división de tareas o funciones específicamente planeadas.

En este mismo orden de ideas, se puede advertir que dicha calificante en su párrafo tercero del numeral 252 del código en cita, establece una circunstancia adicional o accesorio, en la que se aumenta más la penalidad que se va imponer, ya que enuncia: “Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policíaca, se aumentará en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos o los delitos cometidos y se impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro”.⁶²

Anterior tipificación que se considera inadecuada, en atención que la misma sanciona, tanto a la persona que ha dejado de tener la calidad de servidor público de alguna corporación policíaca, como aquella que tiene la misma al cometer el hecho delictivo, resultando infamante y trascendente la eventualidad de tener o haber tenido el cargo de servidor público en una corporación policíaca, puesto que se encuentra prevista de una doble sanción, en primer lugar el aumento considerable de la penalidad y en segundo la destitución e inhabilitación del empleo, cargo o comisión, circunstancia que se considera inequitativa, en atención de que si bien es cierto los elementos policíacos tienen como principal actividad la encomienda de la preservación del orden público, no deja de ser menos cierto que, dicha función termina o cesa al momento en que dejan de estar en activo, quedando por lo tanto sin la calidad específica, puesto que la misma no lo acompaña a donde quiera que éste se encuentre.

4.3.- LA APLICABILIDAD DE LA PANDILLA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DE LA PENA.

⁶² Ibídem Pág. 66

Como se ha observado con anterioridad la aplicación de la pandilla, como circunstancia modificadora de la pena, ha disminuido, ya que si bien al nacer a la vida jurídica, dicha calificativa se encontraba prevista como un dispositivo móvil no vinculado en abstracto con tipo alguno, de manera tal que puede ser conectado, en concreto, con todas las figuras delictivas del código punitivo, siempre y cuando haya compatibilidad con la estructura típica de aquéllas, produciéndose de ésta forma, el fenómeno jurídico, en el que, a la sanción principal del evento delictivo de que se trate, se sobrepone una sanción accesoria por la agravante en comento, no deja de ser menos cierto que, ante la aparición de nuevas calificantes, su rango de aplicación se ha contraído, puesto que su pretendida acreditación resulta incompatible con las calificantes que prevé en específico el Código Penal, para determinadas conductas delictivas.

Ahora bien, antes de establecer dicho criterio como una idea generalizada, se debe tomar en consideración el actual criterio de nuestro máximo tribunal, el cual establece:

PANDILLA. PARA LA CONFIGURACIÓN DE ESTA CALIFICATIVA NO ES NECESARIO QUE SE HAYAN REALIZADO ACTOS VIOLENTOS EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO BÁSICO.

De la interpretación gramatical de lo dispuesto en el artículo 164 bis del Código Penal para el Distrito Federal se desprende que el pandillerismo es una mera circunstancia calificativa en la comisión de hechos delictuosos, en virtud de la cual se aumentan las sanciones de los delitos cometidos por tres o más personas que se reúnen de manera habitual, ocasional o transitoria, aunque no estén organizadas para delinquir ni tengan como fin propio la comisión de delitos, sanción que se eleva según la calidad del sujeto activo, bien sea o haya sido miembro de alguna corporación policiaca, por lo que para su configuración no es necesaria la circunstancia de que en la ejecución del delito básico se hayan realizado actos violentos. Lo anterior es así, porque dicho numeral califica, en razón de la pandilla, la comisión de otros delitos, pues su naturaleza funcional es la de un dispositivo móvil, no vinculado en abstracto con tipo

alguno, de manera que puede ser conectado, en concreto, con todas las figuras delictivas del Código Penal, se ejecuten o no con violencia, siempre y cuando haya compatibilidad con la estructura típica de aquéllas, produciéndose así el fenómeno jurídico, en el que, a la sanción principal del delito de que se trate, se sobrepone la sanción accesoria de la agravante en cuestión; por lo cual, dicha compatibilidad no está referida a los delitos que se cometan o no con violencia, sino a la incompatibilidad que pudiera darse de tal calificativa con el tipo básico de que depende; por ejemplo, no puede darse la calificativa mencionada en los delitos que se cometan en complicidad correspectiva, prevista en la fracción VIII del artículo 13 del código señalado, por tres o más personas, porque entonces se estaría recalificando una conducta en contravención al principio jurídico non bis in ídem que consagra el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; asimismo, la agravante de las penas para los delitos de abuso sexual y violación a que se refiere el artículo 266 bis, fracción I, del código en mención, cuando es cometido con la intervención directa o inmediata de tres o más personas, así como el delito de privación ilegal de la libertad a que alude el diverso artículo 366, fracción II, inciso c), de dicho ordenamiento, cuando se lleva a cabo por un grupo de tres o más sujetos, no presentan la característica de compatibilidad de la calificativa de pandilla con el tipo básico, pues en ambos casos, y otros análogos, se estaría sancionando doblemente una misma conducta.

Contradicción de tesis 25/2001-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Quinto en Materia Penal del Primer Circuito. 22 de mayo de 2002. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 34/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de mayo de dos mil dos, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.⁶³

⁶³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época Instancia: Primera Sala, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: 1a./J. 34/2002, Página: 86

Anterior criterio jurisprudencial que no se comparte, en atención a que de conformidad con la causa o hecho generador, por la que la pandilla fue adicionada a nuestro código punitivo, fue la de sancionar con mayor severidad aquellas conductas que eran cometidos con violencia, de manera tal que existía la participación delictiva, como el homicidio tumultuario, por lo que al establecer lo contrario, atenta contra el verdadero espíritu del legislador al crear dicha calificante.

Asimismo, de tomarse en consideración el presente criterio de nuestro más alto tribunal, se estaría convalidando arbitrariedades judiciales como la de su aplicabilidad de la pandilla en delitos como: fraude, posesión de producto de lo robado, desmantelamiento de vehículo robado, daño en propiedad ajena, entre otros, en donde en su ejecución no se encuentra previsto el carácter violento sobre la víctima.

La participación criminal, se plantea cuando hay pluralidad de sujetos activos, cuyas acciones interfieren de alguna manera las acciones de los otros ante un resultado prohibido por la norma, y en la que se pueden encontrar los que ayudan, cooperan, determinan, etc.; hay convergencia de las acciones de cada uno de ellos en todo a la producción de un resultado relevante para el derecho penal.

La participación criminal tiene un doble sentido: uno amplio y otro estricto. La participación criminal en amplio sentido se refiere a todas y cada una de las formas de intervención personal en la realización de un hecho delictuoso; comprende, por tanto, las diversas formas que integran la autoría y la participación en estricto sentido. En este sentido amplio, es equivalente a concurrencia de personas en el delito, codelinquencia o coparticipación criminal, entrando en ella autores, coautores, instigadores y cómplices.

En estricto sentido, en cambio, la participación comprende únicamente la instigación y la complicidad; es decir, aquellos intervinientes que no son autores.

Dentro del concepto de participación criminal en amplio sentido, puede, a su vez, manejarse el criterio del autor único o el diferenciador, lo cual obedece a la idea de negar toda importancia a la distinción entre autores y partícipes en sentido estricto, equiparando a todos los que de alguna o de otra manera intervienen en la realización del delito, sin tomar en cuenta la cantidad de su aportación o la calidad con que intervienen, o bien, a la idea de aceptar la necesidad de distinción entre autores y partícipes. El primero de los criterios admitidos en alguna época, encuentra actualmente rechazo en la ciencia jurídico penal, por los efectos que trae consigo, no obstante su comodidad práctica; aceptándose, por tanto, el criterio de la diferenciación.

Conforme a éste último, además, pueden seguirse diversos caminos para llegar a la distinción, con mayor o menor preponderancia de aspectos objetivos o subjetivos, dentro de los cuales puede, manejarse un concepto extensivo o uno restrictivo de autor.

La necesidad de establecer diferencias entre autoría y participación, se plantea solamente en los delitos dolosos; en los delitos culposos, estructurados de modo diferente, la distinción no tiene ninguna significación; el autor de un delito culposo es todo aquel que, en la producción de un resultado típico, interviene mediante una acción que viola un deber de cuidado conforme al ámbito de relación.

Cuando se habla de participación en sentido estricto, que comprende únicamente la instigación y la complicidad, se está implicando ya el manejo de un criterio diferenciador.

La participación criminal en amplio sentido por otra parte no presupone la existencia de una conducta de otro u otros; es decir, de un hecho principal realizado por el o los autores, en cuya perpetración tengan intervención, en calidad de partícipes otras personas, pues ella misma abarca también a la coautoría, que es en principio autoría. Lo que hay es una intervención de varios, ya sea como autores o partícipes, en la realización de un delito.

En otras palabras, la participación criminal en sentido amplio, no encierra la idea de la dependencia respecto de un hecho principal, que es la conducta del autor, sino únicamente la concurrencia de personas en la realización del hecho punible, independientemente de la calidad en que cada uno lo hace.

La participación en estricto sentido, en cambio, si implica la idea de la dependencia: se participa en un hecho de otro, esto es, en un hecho ajeno; y se participa prestando una ayuda o cooperación (complicidad) o determinando a otro a la realización de un hecho (instigación). Esa relación que existe entre la conducta del partícipe (instigador o cómplice) y la conducta del autor del hecho principal, es una relación de accesoriedad, la cual varía según el concepto que se tenga de autor. Así, por ejemplo., para la teoría del dominio del hecho, el autor es aquel que tiene el dominio del hecho; el partícipe en cambio, se caracteriza porque no lo tiene, sólo participa en el hecho del autor, ya sea determinando a éste a la realización del hecho o prestándole una ayuda.

De lo anterior se deriva que la participación criminal en estricto sentido, no constituye un tipo autónomo o independiente, sino una figura accesoria, un concepto de referencia, con cuya ayuda los partícipes en el delito, no autores por falta de dominio del acto, pueden ser sometidos dentro de ciertos límites, a una pena; constituye por eso, una causa de

extensión de la punibilidad señalada al autor, basada en la realización del injusto por el autor.

Por lo que hace al criterio de la accesoriedad, conforme al cual la conducta del partícipe es accesoria del injusto realizado por él o los autores, éste se ha planteado, en cuanto a su aspecto interno, de diferente manera, por lo que se refiere a los requisitos que deben concurrir en la conducta del autor, es decir, en el hecho principal, para fundamentar la punibilidad de la conducta del partícipe. Según algunos autores, la participación (instigación y complicidad) es accesoria de una conducta típica, antijurídica y culpable; es decir, de un delito técnicamente hablando por lo que la culpabilidad del partícipe dependerá de la culpabilidad del autor (teoría de la accesoriedad extrema o máxima).

Para otros la conducta del partícipe es accesoria de una conducta típica y antijurídica del autor, sin requerir de la culpabilidad de éste; es decir, se participa en el injusto realizado por otro u otros; el fundamento de la punibilidad de la participación, por tanto, reside en que provoca la decisión a una acción antijurídica (contraria a derecho), o favorece su realización, no siendo necesario que el autor haya actuado culpablemente, concretándose aquí el principio de que cada partícipe es punible según su propia culpabilidad sin consideración de la culpabilidad de otros (teoría de la accesoriedad limitada).

Finalmente, hay quienes opinan que para que se fundamente la punibilidad de la participación basta con que la conducta del autor sea típica, por lo que, si el autor del hecho principal actúa amparado por una causa de justificación, el partícipe si podrá ser merecedor de una pena (teoría de la accesoriedad mínima); esta opinión es muy poco sostenida en la doctrina.

Junto a la concepción de que la participación en sentido estricto es accesoria de un hecho principal, hay también quienes piensan que ella no tiene naturaleza accesoria, sino que constituye un tipo autónomo; es decir, que la instigación es un tipo autónomo, y que el instigador se le sanciona por su propia conducta y no por la que realiza el autor. Se trata, pues, de una conducta con desvalor propio e independiente del desvalor de la conducta en la cual se participa; y que, por tanto, puede entrar en concurso con el o los delitos que se cometan o bien quedar con éstos en relación de exclusión por absorción; puede, igualmente, realizarse puniblemente, pueden admitirse otras formas de intervención igualmente punibles, etc. Esta concepción se encuentra en la actualidad desacreditada, en virtud de que conduce a una serie de consecuencias inaceptables.

En relación a la ubicación sistémica del problema para su estudio, la participación criminal es un tema de la teoría del delito, dentro de la cual, a su vez, encuentra distinto tratamiento.

La teoría tradicional del delito, considera a la participación criminal en sentido amplio, y consiguientemente también a la participación en sentido estricto, como una forma especial de aparición del delito, por tratarse de un caso de pluralidad de sujetos en la comisión de un hecho punible. Esto, en virtud de que en la doctrina jurídico penal tradicional, una vez que se ha planteado qué es el delito, también se plantea el problema de cómo o cuáles son las formas de aparición del mismo.

A mayor abundamiento se transcriben los siguientes criterios de nuestro máximo tribunal

COAUTORÍA. SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA).

La coautoría, conforme a la fracción III del artículo 18 del Código Penal para el Estado de Sinaloa, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por consiguiente, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención. En la coautoría es necesario, además del acuerdo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente en su ejecución), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón indispensable de todo el acontecer delictivo. Como el autor, el coautor realiza la actividad delictuosa descrita en un concreto tipo penal conjuntamente con otro u otros. En rigor técnico el coautor es un autor y, por ello, la coautoría es una autoría que se singulariza por el dominio que sobre el hecho ejercen en común todos los autores, quienes intervienen de acuerdo en la ejecución del delito; ello implica que el coautor es quien está en posesión de las condiciones personales del autor y ha participado de la decisión común respecto del hecho delictivo. Entonces, en el todo que constituye el hecho típico, el coautor con su actuación contribuye con una parte que complementa la de los demás copartícipes o autores y ello precisamente justifica el que responda del delito en su integridad. El dominio del hecho, en la parte que corresponde a cada coautor, se origina en la decisión común de todos para ejecutar el delito. Mediante esa decisión conjunta se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho, de tal manera que cada

aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.⁶⁴

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

4.4.- LA PANDILLA CALIFICADA.

Es de explorado derecho saber que, la ley penal castiga con severidad las conductas delictivas en que incurren las personas al servicio del Estado, ya que éstas representan el aspecto físico o humanitario del mismo, a través de los cuales cumple y lleva a cabo sus funciones primordiales, cuya actuación se encuentra dotada del espíritu de confiabilidad en las instituciones que representan y en los actos que de ellos emanan, circunstancia por la que al incurrir un servidor público en la comisión de un delito, actuando en encomienda de una institución estatal, ya que de lo contrario se encontraría fuera del régimen especial al que se ha hecho referencia, se hace acreedor de una pena restrictiva de libertad, y además a la destitución del cargo e inhabilitación para seguir ocupando un puesto público, lo que constituye una limitación a la garantía de libertad contenida en el artículo 5 de la constitución federal.

Se entiende por pandilla calificada, el incremento en la penalidad que establece el artículo 252 del mencionado cuerpo punitivo, en su párrafo tercero, ya que prevé el aumento de la punibilidad, cuando en la pandilla intervenga un servidor público, siempre y cuando éste, sea o haya pertenecido a alguna corporación policiaca.

⁶⁴ **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Septiembre de 2002, Tesis:**

Incrementando para ello, la pena en dos terceras partes de las penas que le correspondan por él o los delitos cometidos, imponiendo además la destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Dicha severidad con que se castiga a la pandilla calificada se denota innecesaria, arbitraria e infamante, puesto que resulta notorio que cuando en la comisión del delito calificado por pandilla, participe un elemento de cualquier corporación policíaca, se encuentra plenamente justificado, únicamente la destitución del empleo, cargo o comisión, resultando el aumento de pena y la inhabilitación obsoleta, en el entendido de que por los antecedentes penales que dicha conducta ilícita genera, no podrá volver a emplearse en el servicio público, ello en atención a que, uno de los requisitos para ingresar a cargos de tal naturaleza, es la ausencia de malos antecedentes, o marcas de infamia.

Asimismo con el incremento de la penalidad que se establece, a decir del mencionado numeral, en dos terceras partes de las penas que le correspondan por el o los delitos cometidos, con ella únicamente sé esta asegurando la permanencia del sujeto en prisión, sin que se garantice con ésta una rehabilitación, ante el fracaso de las instituciones del Estado en dicha materia.

A mayor abundamiento resulta aplicable el siguiente criterio de nuestro máximo Tribunal:

ANTECEDENTES PENALES. QUE DEBE ENTENDERSE POR, PARA EFECTOS DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

Por antecedentes penales deben entenderse aquellos registros que efectúa la autoridad administrativa o judicial, con el fin de llevar un control de los procesos que pudieran estar instruyéndose en contra de una persona, o bien de las condenas recaídas a dicha persona a fin de conocer si ha cometido algún delito anterior y ha sido condenada por alguno de ellos, de tal suerte que cuando con motivo de la realización de hechos considerados como delitos, se instruyan a una persona causas

penales por delitos surgidos de los mismos hechos, ante el orden común y el orden federal dividiéndose la continencia de la causa, será violatoria de las garantías de exacta aplicación de la ley penal previstas por los artículos 14 y 16 constitucionales, la sentencia emitida por la autoridad judicial federal que al individualizar la pena en una de dichas causas considere que el inculpado contaba con antecedentes penales al tomar en cuenta para ese efecto la instrucción de la otra causa penal ante el fuero común, si como se dijo, se originaron ambas por los mismos hechos, pues los antecedentes deben referirse a hechos distintos a los que motivan la instrucción de la causa actual de que se trate.⁶⁵

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 34/95. Sergio González Méndez. 22 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Molina Torres. Secretaria: Elia Muñoz Aguilar.

DELITO COMETIDO EN PANDILLA. PENA APLICABLE CUANDO UN MIEMBRO DE ELLA SEA O HAYA SIDO SERVIDOR PÚBLICO EN ALGUNA CORPORACIÓN POLICIACA.

Cuando en la comisión de un delito cometido en pandilla intervenga como miembro de la misma un sujeto que sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, únicamente deben aumentarse las penas por lo que hace a la pandilla específica a que se refiere el párrafo tercero del artículo 164 bis del Código Penal para el Distrito Federal, mas no así por lo que hace a la calificativa genérica de pandilla a que alude el párrafo primero del precitado numeral, ya que no pueden coexistir ambas hipótesis (pandilla genérica y específica) respecto a los mismos hechos y activo, en virtud de que se manifestaron en un mismo momento para lograr un propósito delictivo en una

⁶⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: I, Abril de 1995, Tesis: XV.1o.1 P, Página: 122

sola ocasión, circunstancia en la que la dualidad de la pandilla ejercida no debe distinguirse para los efectos de duplicar la consecuencia penal, pues en este caso la concurrencia de expresión de pandilla (reunión) debe tenerse en cuenta de manera unitaria, como criterio rector en la fijación de la pena y no para aumentarla como si se estuviera en presencia de dos calificativas diferentes, ya que tratándose de una sola calificativa no es válido dividirla y con base a ello duplicar la sanción.⁶⁶

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3730/98. Felipe García Anaya. 9 de julio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz.

4.5.- REFORMA DEL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto se propone la siguiente redacción del texto del ordenal 252 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual debe ser trasladado sistemáticamente al libro primero, pues es en éste donde se prevén los aspectos generales del delito, del delincuente y la forma de aplicar su punibilidad:

LIBRO PRIMERO.

⁶⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Septiembre de 1999, Tesis: I.2o.P.29 P, Página: 796

CAPITULO XIII. DE LA PENA COMPLEMENTADA.

ARTICULO 123. Cuando se cometa algún delito por pandilla, se impondrá una mitad más de las penas que correspondan por él o los delitos cometidos, a los que intervengan en su comisión.

Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete con violencia y en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos.

Cuando el miembro de la pandilla sea servidor publico de alguna corporación policíaca, se impondrá además la destitución del empleo, cargo o comisión del mismo.

Anterior consideración que se considera ideal, respecto del tema planteado, manejando de igual forma la siguiente integración del actual artículo previsor del la pandilla, para aquellos posibles retractoros de la reubicación sistémica:

ARTICULO 252. Cuando se cometa algún delito por pandilla, se impondrá una mitad más de las penas que correspondan por él o los delitos cometidos, a los que intervengan en su comisión.

Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete con violencia y en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos.

Cuando el miembro de la pandilla sea servidor publico de alguna corporación policíaca, se impondrá además la destitución del empleo, cargo o comisión del mismo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La pandilla se encontraba castigada desde la aparición de la antigua Roma como precursora del Derecho contemporáneo, en el que se consideraba como circunstancia que calificaba o agravaba la penalidad que se le pudiera imponer a sus partícipes, la cual era castigada al pago de una cantidad de dinero, igual al valor más elevado que el objeto del daño haya alcanzado en el año que ha precedido al delito cometido, operando posteriormente la acción vi bonorum raptorum, la cual fue dada en caso de hurto y daño agravado de violencia.

SEGUNDA.- En la legislación española a ésta forma de participación delictiva (pandilla), bajo la denominación de cuadrilla, en el que se exigía la participación de cuatro o más malhechores para su integración, aplicándose únicamente en delitos de carácter patrimonial.

TERCERA.- La pandilla aparece en nuestro texto legal, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de fecha 08 ocho de Marzo del 1968, en la que se agrega de manera forzada en el texto del libro segundo, a continuación del delito de asociación delictuosa.

CUARTA.- La pandilla debe ubicarse sistemicamente, en el libro primero de nuestro código punitivo, pues es en éste, donde se manejan las reglas generales de la Teoría del delito, ante su estructura de dispositivo móvil no vinculado en abstracto con tipo penal alguno.

QUINTA.- Se debe establecer como elemento integrador de la pandilla a la violencia, puesto que sólo debe operar para aquellas conductas típicas en las que se tenga como medio empleado la violencia, independientemente de su distinción física o moral.

SEXTA.- No existe necesidad de la pena, en cuanto a dicha calificativa, respecto de aquellos delitos donde partícipe un servidor público, puesto que resulta obsoleta e infamante, al establecer la inhabilitación del cargo, empleo o comisión encomendado, siendo por lo tanto, únicamente factible la destitución del cargo.

SEPTIMA.- Se ha limitado el rango de aplicación de la pandilla, en cuanto a los hechos criminosos que se observan en la actualidad, puesto que dicha figura resulta incompatible con otras circunstancias agravantes de reciente creación, en las cuales se utiliza el principio de que la regla específica, se antepone a la regla genérica, evitando con ello la violación al principio non bis in idem.

OCTAVA.- Se debe reformar el artículo 252 del Código Penal en el aspecto de establecer como medio empleado en la pandilla a la violencia, evitando con ello sancionar doblemente una conducta delictiva en perjuicio de los justiciables, sujetos a un procedimiento penal.

NOVENA.- Debe establecerse el comienzo de la destitución del empleo del servidor público una vez que la sentencia que lo considere responsable haya causado ejecutoria. Ello debido a que generalmente todo servidor público que es sometido a un procedimiento penal se le inicia de forma inmediata la destitución del empleo, toda vez que al ser sentenciado, queda entonces inhabilitado.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- AMUCHATEGUI REQUENA Irma, Derecho Penal Curso Primero y Curso Segundo, 2 edición, Editorial Harla México 1998.
- 2.-BETTIOL Giuseppe, Derecho Penal Parte General, 4 edición, Editorial. Temis, Colombia 1966
- 3.-BORJA OSORNO Guillermo, Derecho Procesal, 2 edición, Editorial. Cájica México 1989
- 4.-BECCARIA Cesare, Tratado de los Delitos y de las Penas, 9 edición, Editorial Porrúa, México 1999.
- 5.-CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal Parte General, volumen I, 2 edición, Editorial. Temis, Colombia 1973
- 6.- CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General, 40 edición, Editorial Porrúa, México1999.
- 7.-CORTES IBARRA Miguel Angel, Derecho Penal Parte General, 4 edición, Editorial. Cárdenas México 1992.
- 8.- CUELLO CALON Eugenio, Derecho Penal Parte General, 9 edición, Editorial Nacional, México 1963
- 9.- DELGADILLO GUTIERREZ Luis Humberto, El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos, 1a edición, Editorial, Porrúa, México 1996.
- 10.-DIAZ DE LEON Marco Antonio, Código Penal Federal con Comentarios, 4 edición, Editorial Porrúa, México 1999.
- 11.- FLORIS MARGADANT Guillermo, El Derecho Privado Romano, 15 edición, Editorial Esfinge, México 1988.
- 12.-FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho Penal Introducción y Parte General, 12 edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina 1989.
- 13.-GARCIA RAMÍREZ Sergio, Panorama de Derecho Mexicano, 2 edición, Editorial. Mc Graw-Hill, México 1998
- 14.- GONZALEZ DE LA VEGA Francisco, Derecha Penal Mexicano, 10 edición, Editorial Porrúa, México 1970.
- 15.-GONZALEZ QUINTANILLA José Arturo, Derecho Penal Mexicano Parte General, 2a edición, Editorial Porrúa, México 1993

- 16- JIMENEZ DE ASUA Luis, Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito, 3a edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina 1958.
- 17.- JIMENEZ HUERTA Mariano, Derecho penal Mexicano T IV, 6a edición, Editorial Porrúa. México 1986.
- 18.- LOPEZ BETANCOURT Eduardo, Delitos en Particular T 1, 5a edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- 19.- OSORIO Y NIETO César Augusto, Derecho Penal Parte General, 1ª edición, Editorial Jus Méx. México 1989.
- 20.- PAVON VASCONCELOS Francisco, Comentarios de Derecho Penal, 5a edición, Editorial Porrúa, México 1982.
- 21.- PAVON VASCONCELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio, 9a edición, Editorial Porrúa., México 1999.
- 22.- PAVON VASCONCELOS Francisco, Manual de Derecho Penal, 4a edición, Editorial. Porrúa. México 1986
- 23.-PORTE PETIT CANDAUDAP Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 10a edición, Editorial Porrúa. México 1999.
- 24.-REYES ECHANDIA Alfonso, Derecho Penal Parte General, 11 edición, Editorial. Temis Colombia 1990
- 25.-.- REYNOSO DAVILA Roberto, Delitos Patrimoniales, s/e, Editorial. Porrúa. México 1999
- 26.-RODRIGUEZ DEVESA José María, Derecho Penal Español Parte Especial, 9 edición, Editorial Bosch, España 1983
- 27.-SAIZ CANTERO José A, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3 edición, Editorial. Bosch España 1990
- 28.-VENTURA SILVA Sabino, Derecho Romano, 12 edición, Editorial. Porrúa. México 1995.
- 29.- VILLALOBOS IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, 5a edición, Editorial Porrúa, México 1990.
- 30.-ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General, 4a Reimpresión, Editorial Cardenas, México 1998.

ECONOGRAFIA.

- 1.-DIAZ DE LEON Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal T I., 3a edición, Editorial Porrúa México 1997
- 2.- OSORIO MANUEL, Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales, 6 edición, Editorial Heliasta, Argentina 1990.
- 3.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, 9 edición, Editorial Porrúa. México 1996

LEGISLACION.

- 1.-CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Porrúa. México 2004.
- 2.-CODIGO PENAL FEDERAL, Editorial Sista México 2004.
- 3.- LEY FEDERAL DE RESPOSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS, Editorial Delma, México 2004.
- 4.-CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista México 2004.
- 5.- CONDE PUMPIDO FERREIRO Candido, Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, 1ª edición, Editorial Trivium, España 1997.
- 6.-CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista México 2004.