



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“EL ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN EN LA CIUDAD DE
MÉXICO ANTE LOS DERECHOS HUMANOS”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

A L E J A N D R O L A G U N A H E R R E R A



ASESOR: LIC. JOSÉ RICARDO LIMÓN PÉREZ

Nezahualcóyotl, Estado de México, marzo 2023



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.

“...un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal.” Claus Roxin

Agradecimientos:

A Dios por permitir seguir mi camino, concluir esta etapa y ser bendecido en la vida.

A la UNAM por darme la oportunidad de pertenecer a esa casa de estudios y a la Facultad de Estudios Superiores Aragón por haberme formado en lo profesional.

A mi madre Efigenia Herrera Corona (Q.E.P.D) por ser el pilar medular para mi formación, por tu apoyo incondicional con mucho amor siempre te recordare.

A mi padre Guillermo Laguna Reyes (Q.E.P. D) que nunca dejaste de creer en mí, te recordare y amare.

A Martha G. Martínez García por formar una familia conmigo y caminar a mi lado, por tu atención y amor que como esposa te esmeras en brindarme.

A mi hija Ximena A. Laguna Martínez por demostrarme tu entereza ante cualquier dificultad, nunca la apartes, eres artífice de tus sueños y metas profesionales muy próximas a realizarse.

A Daniela A. García Martínez por permitirme estar a tu lado en tu crecimiento físico y académico, como profesionista comienzas a sobresalir por ser parte de tu personalidad.

A mis hermanos Raquel y Guillermo por compartir su compañía en la infancia y en particular al último por haberme brindado su apoyo incondicional cuando lo necesitaba.

A mis sobrinos Amalia, Lupita, Edgar y José Luis, por el apoyo, respaldo y cariño hacia mi familia en momentos difíciles. A mis sobrinas Karen y Selene por su cariño y respeto.

A mi tío Dionisio A. Rojas Corona por haber sido participe en que estudiara la licenciatura.

A los profesionistas que han contribuido en mi desarrollo Licenciado Cleofás Lucas Pérez, Doctor Rafael Guerra Álvarez, Licenciado Jorge Prudencio González Tenorio, Maestro Armando Sánchez Palacios, y a mi asesor Licenciado José Ricardo Limón Pérez,

GRACIAS.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS Y LA TRANSFORMACIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO.

	Páginas
1.1 Definición de Encubrimiento.....	1
1.2 Reseña Histórica del Delito de Encubrimiento.....	2
Época prehispánica (Tenochtitlan).....	2
Época Colonial.....	6
Época Independiente.....	9
1.3 Primer Código Penal (1835).....	13
1.4 Código Penal de 1871.....	14
Reformas al Código Penal de 1871.....	16
1.5 Código Penal de 1929.....	18
1.6 Código Penal de 1931.....	20
Reforma de 9 de marzo de 1946.....	21
Reforma de 20 enero de 1967.....	23
Reforma de 14 de enero de 1985.....	23
Reforma de 23 de diciembre de 1985.....	24
Reforma de 30 de diciembre de 1991.....	25
Reforma de 30 de mayo de 1996.....	25
Reforma de 17 de septiembre de 1999.....	26
1.7 Código Penal para el Distrito Federal 2002.....	26
Reforma de 15 de mayo de 2003.....	27
Reforma de 4 de junio de 2004.....	27

CAPITULO 2

SURGIMIENTO, REGULACIÓN, OBSERVANCIA Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

2.1 Conceptos Generales.....	29
2.2 Surgimiento de los Derechos Humanos.....	30
2.3 Inicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	32
2.4 Aparición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	34
2.5 Regulación de los Tratados Internacionales por el Estado Mexicano..	36
2.6 La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos.....	38
2.7 El Estado Mexicano como Garante de los Derechos Humanos.....	40
La Comisión Nacional de Derechos Humanos.....	40
El Juicio de Amparo como Derecho Humano.....	41
2.8 Control de Convencionalidad (o Constitucionalidad) Ex Officio o	

	Difuso Indirecto.....	44
2.9	El Principio Pro Persona.....	47
2.10	El Principio de Legalidad.....	49
	Reserva de Ley.....	51
	Principio de Taxatividad.....	52
	Prohibición de Analogía.....	54
2.11	La Presunción de Inocencia.....	55
2.12	Derecho a no Autoincriminarse (No Declarar).....	58
2.13	La Transformación de la Prisión Preventiva.....	62

CAPITULO 3

EL DELITO Y SU ESTUDIO DOGMATICO DEL ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACIÓN

3.1	Concepto Derecho Penal.....	66
3.2	Concepto de Delito.....	68
3.3	Formas de Surgimiento del Delito.....	69
3.4	Clasificación del Delito.....	70
3.5	Características de la Teoría del Delito.....	73
	Características del Sistema Clásico o Causalista.....	75
	Características del Sistema Neoclásico o Causalista Neokantiana	76
	Características del Sistema Finalista.....	77
	Características del Sistema Funcionalista Político Criminal...	78
	Características del Sistema Funcionalista Normativista.....	80
3.6	Elementos del Delito.....	81
3.7	El Encubrimiento por Receptación ante la Doctrina.....	81
3.8	Estudio Dogmático del Encubrimiento por Receptación.....	83
3.9	La Tipicidad.....	84
	Los Elementos Objetivos, Externos o Materiales.....	87
	La Conducta.....	88
	Sujetos.....	90
	Nexo Causal.....	91
	El Resultado.....	92
	Objeto Material.....	93
	Bien Jurídico Tutelado.....	94
	Elementos Objetivos Especiales o Específicos.....	95
	Elementos Subjetivos Genéricos (Dolo y Culpa).....	96
	Elementos Normativos.....	99
3.10	La Antijuricidad.....	100
3.11	La Culpabilidad.....	101
3.12	La Atipicidad.....	103
	Ausencia de Conducta.....	103
	Atipicidad (Ausencia de Alguno de los Elementos Básicos del tipo)	104
	Error de Tipo (Ausencia de Dolo).....	104
	Consentimiento del Titular del Bien Jurídico.....	105
3.13	Causas de Justificación.....	106
	La legítima Defensa.....	108
	Estado de Necesidad Justificante.....	109
	Cumplimiento de un Deber.....	110

	Ejercicio de un Derecho.....	111
	Consentimiento Presunto.....	112
3.14	La Inculpabilidad.....	113
	Inimputabilidad.....	113
	Error de Prohibición o Directo.....	114
	Inexigibilidad de otra Conducta.....	114

CAPITULO 4

LA DUPLICIDAD DE LA VINCULACIÓN A PROCESO, UNA FORMA INEFICAZ PARA JUSTIFICAR LA INEXISTENCIA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACIÓN

4.1	El procedimiento Penal Acusatorio.....	117
4.2	Cambios que se dieron para llegar al Hecho que la Ley señala como Delito.....	118
4.3	La Prisión Preventiva Sobre los Derechos Humanos.....	123
4.4	El Encubrimiento ante la Presunción de Inocencia.....	127
4.5	Derecho a la Prueba.....	134
4.6	Violación al Principio de Legalidad en su aspecto Taxatividad.....	142
4.7	Derecho de Defensa	146
4.8	El Derecho a No Declarar ante la Inmediatez Procesal.....	150
4.9	El Control de Convencionalidad Ex Officio y la Inaplicación del Tipo Penal establecido artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, denominado Encubrimiento por Receptación.....	152
	Conclusiones.....	157
	Propuestas.....	162
	Fuentes Consultadas.....	164

INTRODUCCIÓN

México en los últimos tiempos ha sufrido un incremento en la incidencia delictiva que derivan de muchos factores sociales, y pone de manifiesto las fallas al Sistema de Procuración de Justicia por la falta de resultados y a la Administración de Justicia que ha sido rebasada por la delincuencia, sin embargo, para erradicar la impunidad que se ha generalizado en el Encubrimiento por Receptación, no debe vulnerarse los derechos humanos y diversos principios que consagra la Constitución en favor de los ciudadanos.

El presente trabajo se encamina a señalar cuales son las fallas, errores y posibles alternativas en un delito muy particular que se ha incrustado en la sociedad mexicana como lo es el Encubrimiento por Receptación, pero de manera particular en la Ciudad de México.

En el capítulo uno se definirá el Encubrimiento y se delimitará el estudio que se constituirá sobre la Receptación. A través de la historia se conocerá como era concebida la organización del Imperio Azteca, de qué manera sancionaban una falta a sus leyes como el encubrimiento y cuáles eran los órganos encargados de castigarlos. Durante la época colonial conoceremos la forma en que los españoles con un sistema de derecho jurídico romano-canónico a través del derecho castellano, se adjudicaron tierras, posesiones materiales y hasta espirituales, atendiendo a las múltiples y diversas leyes existentes, y cómo se consideraba el delito de Encubrimiento ante diversas eventualidades.

En la época Independiente, se distinguirá la diversa normatividad que se emitió tratando de que México fuera una República, que se vio inmersa en invasiones y luchas internas, hasta lograr una segunda Constitución en 1857 que fue la base para un Estado de Derecho; lapso en el que se siguió aplicando la normatividad española y tratando de crear la propia, para hacer frente los problemas como el Encubrimiento de moneda falsa.

Aparece el primer Código Penal en el Estado de Veracruz que da una primera noción de cómo se concibe al Encubrimiento. Surge el Código Penal de 1871 que

marca de manera precisa el encubrimiento por receptación, pero aparecerá el primer indicio a la violación al principio de legalidad, que posteriormente se corrige con la reforma al Código Penal de 1871 y perfecciona como elemento innovador al considerar que el encubrimiento se podría presentar por otro delito diverso al robo, aunado a que podría presentarse en el comercio. Respecto al Código Penal de 1929 observaremos que fue similar al Código anterior.

Con el Código Penal de 1931 advertiremos que existió una regresión a la forma en que se había legislado el encubrimiento y las reformas que tuvo hasta la emisión del Nuevo Código Penal solo constituyeron posturas inadecuadas del legislador.

En el capítulo dos se muestra el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, ante la necesidad de asegurar la paz en el mundo y salvaguardar los derechos humanos. Apareciendo la Organización de Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta última encargada de interpretar la legislación y tramitar juicios contenciosos derivados de la vulneración de los Tratados Internacionales que salvaguardan los derechos humanos, los cuales consideró la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que si bien no tenían fuerza obligatoria, es a partir de ellos que los Estados comienzan a realizar diversos tratados para salvaguardar esos derechos humanos, que han venido evolucionando en cuanto su protección, en toda su clasificación que se ha desarrollado. Por ende, los tratados se encuentran regulados y existe un procedimiento para celebrarlos y aprobarlos.

El Estado Mexicano ha tratado de ser un garante de los derechos humanos, primero a través del juicio de amparo y posteriormente con la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Como consecuencia de esa evolución, la Constitución en el año 2011 sufrió un cambio para el respeto, protección, garantía y satisfacción de los derechos humanos, habiendo una cuestión novedosa al principio pro persona, así como el Control de Convencionalidad Ex Oficio, sin embargo ya otros prevalecían en nuestra Carta Magna, como el principio de legalidad en sus vertientes, reserva de ley, taxatividad y prohibición de analogía, así como otros

derechos, como la presunción de inocencia y el no autoincriminarse que también analizaremos

En el capítulo tres analizaremos de qué forma se constituye el derecho penal, como se concibió al delito, sobre todo por la doctrina, como se le clasifico y cuál es el camino del mismo, sin embargo para su estudio es necesario la teoría del delito que presenta diversas características de manera general, pero de manera particular existen cuatro sistemas como lo son el Sistema Clásico o Causalista, el Sistema Neoclásico o Causalista Neokantiana, Sistema Finalista y el Sistema Funcionalista; dentro de este último aparece el Sistema Funcionalista Político Criminal y el Sistema Funcionalista Normativista, que de manera general estudian mediante un orden racional, los problemas y posibles soluciones durante la aplicación de la ley, sustentándolo en un procedimiento científico que nos lleva a la valoración de los elementos que constituyen el delito. Por tanto, realizaremos un estudio del delito de Encubrimiento por Receptación atendiendo los elementos que lo integran tanto positivos como negativos.

En el capítulo cuatro desarrollaremos el tema que nos ocupa, iniciando por conocer el salto que se dio de la acreditación del cuerpo del delito al hecho que la ley señala como delito, pues analizaremos que basta que existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que lo cometió o participo en su comisión para que sea vinculado a proceso.

Analizaremos que la prisión preventiva esta sobre los derechos humanos atendiendo a que no es una excepción cuando otras medidas cautelares no son suficientes como se concibió con la reforma de 2008, la prisión preventiva se ha venido impuesto como algo ineludible para un catálogo de delitos específicos y bajo otras circunstancias como la prisión justificada.

El encubrimiento ante la presunción de inocencia se ve violentado atendiendo a lo establecido en el artículo 243 del Código Penal parara el Distrito Federal, que implanta un elemento subjetivo específico diverso del dolo, el cual resulta difícil acreditar, pero que la Representación Social no requiere aprobar. Así la violación al principio de legalidad en su vertiente de taxatividad que constituye, el no adoptar

las precauciones indispensables establecida en el artículo 244 del Código Penal parara el Distrito Federal, analizaremos que es una facultad del legislador emitir leyes claras y precisas que no se dejen a la interpretación del Juez, ya que esté, lejos de que deba vincular proceso bajo tal criterio, puede y tiene la facultad de aplicar un Control de Convencionalidad ex officio y llevar a cabo la inaplicación del tipo penal establecido en el artículo 244 del Código Penal.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LA TRANSFORMACIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO.

1.1 DEFINICIÓN DE ENCUBRIMIENTO.

Es importante que antes de reseñar históricamente el delito de Encubrimiento, debemos conocer su significado, éste proviene de la voz latina *ocultatio* que significa “ocultación la acción de ocultar u ocultarse, ocultado, encubierto o escondido”¹ El diccionario Jurídico Mexicano señala que “el verbo encubrir se compone de “en” y “cubrir” que es ocultar una cosa o no manifestarla, impedir que llegue a saberse una cosa, hacerse responsable de Encubrimiento de un delito; este último es la acción y efecto de encubrir; cubierta con que se tapa una cosa para que no se vea; participación en las responsabilidades de un delito, con intervención posterior al mismo, por aprovechar los efectos de él, impedir que se descubra, favorecer la ocultación o la fuga de los delincuentes.”²

Dentro de las modalidades en que se puede presentar el delito de Encubrimiento resultan las siguientes:

- **Favorecimiento Personal.**- Se presenta cuando un sujeto ayuda al responsable de haber realizado un delito, sin haber participado en el mismo, auxiliándolo a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse de la acción de la justicia (artículo 320 fracciones I, II y IV del Código Penal para el Distrito Federal).

- **Favorecimiento Real.**- Ocurre cuando después de que un responsable de haber ejecutado un delito, alguna persona procura o ayuda al responsable a la ocultación, alteración o desaparición de los rastros, pruebas o instrumentos del ilícito o a asegurar el producto o el provecho del mismo (artículo 320 fracciones II, y III del Código Penal para el Distrito Federal).

¹ MATEOS M., Agustín, *Etimologías Grecolatinas del Español*, 3ª ed., México, Esfinge, 2002 p. 187.

² *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985, T. IV, p. 62.

- **Receptación.**- Acontece cuando alguien adquiere de otra persona algún bien mueble que derivó de algún delito, sin que el receptor haya participado en el mismo. Y sobre este delito girará la presente investigación, que se establece en los artículos 243 y 244 del Código Penal para el Distrito Federal.

Para efecto de entender el concepto de Encubrimiento, algunos autores lo consideran como una forma de participación con conocimiento previo de dicha acción y otros autores consideran que se trata de un delito independiente, que tienen como intención la comisión de otro delito; más adelante se retomará desde un punto de vista doctrinal dicha definición.

1.2 RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO.

ÉPOCA PREHISPÁNICA (TENOCHTITLAN).

El conocer la historia del Derecho Mexicano proporciona una visión de lo que ha sido el ordenamiento jurídico, considerando a éste como un fenómeno social, resultado de una multitud de factores que actúan en el desarrollo de los grupos humanos, lo cual no es algo aislado, al participar y se manifestarse en la cultura, y conocer su raíz en el delito a estudio, permite entender los aportes al Derecho Mexicano.

El Derecho de los Mexicas se constituyó en un sistema consuetudinario y oral, pero también lo podemos encontrar en diversas obras en formas de jeroglíficos, y que se conocen con el nombre de Códices, algunos elaborados con anterioridad a la venida de los españoles, y otros posteriores a su llegada. Aunado a la existencia de obras históricas escritas tanto en náhuatl como en español.

Las leyes de los Mexicas se crearon con la necesidad de mantener un sistema jurídico que previniera conflictos a través de un orden social, por medio de la tradición, usos y costumbres que eran aplicados por su sistema instaurado para sancionar las faltas cometidas por los habitantes de Tenochtitlan.

En esta época la máxima autoridad era el Tlatoani quien representaba todos los poderes, ejecutivo, legislativo y judicial. También tenía la facultad de dictar las leyes para su gobierno; lo elegía una asamblea en la que participaban los más distinguidos representantes de la sociedad, su autoridad era compartida por la segunda fuerza política llamada Cihuacóatl, quien bajo ciertas circunstancias podía fungir, en delegación de ciertas funciones como Tlatoani.

La base de su organización política, social y jurídica era a través del Calpulli, nombre que le fue dado a determinada extensión de tierra necesaria para la subsistencia de los que la habitaban. A esas porciones de tierra o barrios también se les conocía como Chinancalli.

Las normas de esta época, estaban registradas en formas de dibujos y pinturas jeroglíficas para regular la vida en sociedad, la mayoría de las leyes protegían la seguridad de las personas y del Estado, más que a los bienes, por lo cual se enfocaban más a las leyes penales que a las leyes civiles y según el delito cometido en contra del Estado. Contaban con un Tribunal Superior, Tlacxítlán representado por un supremo magistrado llamado Cihuacoátl, de acuerdo al autor Manuel Orozco y Berra Manuel era "...nombrado por el rey, inferior sólo á éste, quien entendía en las cosas de gobierno y en la hacienda del monarca; juzgada por su propia persona, conocía de los negocios que le estaban encomendados, más en las apelaciones de los negocios criminales, eran sus sentencias definitivas, pues no admitía apelación."³

El tribunal de primera instancia se integraba por el presidente Tlacatécatl y dos jueces denominados, Cuauhnochtli y Tlailotlac, juzgaban las materias civil y penal. El órgano jurisdiccional de primera instancia se encargaban de conocer las pruebas escritas o testimonio de testigos, de los que se admitía el juramento formal de las partes, los debates eran orales, ambas partes eran auxiliadas por un *tepanltato* o *tepanltoatoni*, intercesor o abogado, siendo escuchados por los tres jueces, quienes tenían cada uno, un teniente al que oían, estableciendo con dichos jueces las

³ OROZCO Y Berra, Manuel, Historia Antigua y de la Conquista de México, ed. digital, México, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, 1880, T. I, p. 265.

sentencias, que eran pronunciadas en nombre del Tlacatecatl, la decisión se denominaba Tlacontequiztli y quien las ejecutaba era el Cuauhnochtli.

Los fallos penales eran asentados por escrito, los civiles eran meramente orales y se juzgaba en definitiva y solo se podían apelar las causas criminales.

Señala el autor Manuel Orozco y Berra que “en cada barrio de México había un *teuctli*, electo anualmente por los vecinos; determinaba de causas livianas, dando cuenta diariamente a los jueces superiores. Seguían los *Centectlapixqui*, elegidos también por los vecinos, y tenían cargo de vigilar cierto número de familias, de cuyas acciones daban cuenta a los jueces. Los *Tequitiatoqui* citaban a los reos o comunicaban las órdenes de los Teuctli, y los *Topilli* hacían los arrestos.”⁴ El Teuctli asistía para aprender a juzgar, antes de subir a la categoría de juez.

De acuerdo al autor Josef Kohler, “Los jueces de estos tribunales no podían recibir ningún cohecho, ni ser parciales a ninguna de las partes, pena de la vida; a todos los cuales el rey sustentaba, y cada ochenta días hacía mercedes, dándoles dones y presentes de oro, mantas, plumería, cacao y maíz...”⁵ Cuando recibían cohecho, descuidaban sus obligaciones o se propasaban en la bebida, por otros jueces eran reprendidos de forma poca amable y si no se enmendaban a la tercera amonestación los trasquilaban, lo cual era una cuestión de vergüenza y deshonor, además de que se les privaba del oficio. Si las cosas eran graves desde la primera ocasión era destituido por el rey y si se llegaba a descubrir una muy grande injusticia, tenía pena de muerte.

Las penas más severas, eran las del robo e incluso, ameritaban la pena de muerte, cuando el robo se cometía en el templo y en el mercado. Tratándose de robo de frutos el límite eran siete mazorcas en que empezaba la pena de muerte en Texcoco y en Anáhuac si robaban más de veinte mazorcas morían por ello. En casos considerados menos graves, cuando el ladrón restituía la cosa robada, solo había esclavitud.

⁴ *Ibidem*, p. 479.

⁵ KOHLER, Josef, *El derecho de los Aztecas* y DE CERVANTES, Javier, *Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002 p. 182

Tratándose de robo de redes de pescar y canoas, podía pagar con mantas, al igual cuando tomaban magueyes para hacer miel, si no las tenía había esclavitud. Es importante señalar que el asalto ejecutado en camino público, también tenía la pena de muerte.

Describe el autor Josef Kohler que cuando “el papá que era hallado con una mujer, le mataban secretamente con un garrote, o lo quemaban, o derribábanle su casa, y tomábanle todo lo que tenía, y morían todos los encubridores que lo sabían y callaban.”⁶

La pena de muerte podía consistir de acuerdo a Josef Kohler “...desde el descuartizamiento y la cremación en vida, hasta la decapitación y la estrangulación, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asaeteamiento y otras más. No era raro que la pena de muerte fuese acompañada de la confiscación, sucedía en los casos de alta traición...”⁷ Cabe aclarar que el asaeteamiento consistía en el disparo de flechas usando arco hacia la persona que se le iba a causar la muerte.

La gravedad por reincidir en el delito de robo, aumentaba la pena debido a que, si se había impuesto la esclavitud, posteriormente se aplicaba la pena de muerte y para estos condenados a muerte en lo que se ejecutaba, había cárceles denominadas cuauhcalli o petlacalli, una especie de jaula fuerte de vigas, de muy miserable condición.

Cuando los robos eran pequeños, había penas pecuniarias que podían ser pagadas con apoyo de los parientes y para el caso de que no se pagará esa multa, tenía lugar la esclavitud de la persona que cometió el robo. Cabe aclarar que la esclavitud por deudas no era consecuencia directa de la deuda, pero sí había la posibilidad de dar pago y satisfacción al acreedor por medio de ella. Sin embargo, la ejecución por deudas se realizaba por medio de encarcelamiento en una prisión llamada *teilpiloyan*.

⁶ KOHLER, Josef, Op. cit., p. 187

⁷ KOHLER, Josef, Op. cit., p. 119

EPOCA COLONIAL.

La época colonial se inicia propiamente con la caída de Tenochtitlan el 13 de agosto de 1521 y por ende la rendición del Imperio Mexica, época que duró tres siglos de dominio español absoluto sobre las tierras conquistadas, los grupos étnicos se ven reducidos, no les importa las evidentes diferencias culturales, se les persiguió, se les humilló con la intención de extinguir a toda esta diversidad cultural, situación que no se logró debido a la necesidad que tenían los conquistadores de explotar su fuerza de trabajo, y de manera excepcional un actitud proteccionista de religiosos y algunos virreyes.

Durante esta dominación, los nativos perdieron el derecho a educarse, mantener su cultura, su idioma, la propiedad de la tierra y de todas sus posesiones materiales y espirituales; los hombres y niños fueron obligados a realizar trabajos forzados hasta la muerte, sin ninguna paga más que la evangelización, perdieron la libertad.

En esa progresiva absorción de territorio se fue haciendo como expresión del nuevo poder público. De acuerdo al autor Francisco Morales Padrón “los nuevos territorios son considerados “res nullius” y objeto de donación mediante los títulos papales”.⁸ De manera que se mandaba realizar la toma de posesión como acto formal y simbólico en el que se manifiesta la pertenencia de tales lugares a los Monarcas en el nombre de los cuales se realiza el acto, sobre esa “res nullius”, expresión latina que significa cosa de nadie.

Se creó el virreinato de la Nueva España, la figura del Virrey podría considerarse como la cúspide de la organización administrativa, pues era el representante del rey y gozaba de amplios poderes políticos, económicos y jurídicos. Dicha institución formaba parte del estado monárquico español y en este territorio se aplicaban tres tipos de leyes: 1.- La destinada a todo el territorio español, 2.- Las dirigidas solo a las colonias de ultramar, y 3.- Las exclusivas de la Nueva España.

⁸MORALES Padrón, Francisco, Los Conquistadores de América, Madrid, Espasa Calpe, 1974, p.41

Señala el autor Víctor Tau Anzoátegui, que “el derecho indiano surge en el marco del *ius commune*, como especialidad del derecho castellano, ya que conforme al principio jurídico por el cual las tierras conquistadas deben regirse por las leyes del reino conquistador, el derecho castellano se extendió al Nuevo Mundo”⁹, y obligada la observancia para el conjunto de la población existente.

Se impuso un sistema jurídico romano-canónico, a través del derecho castellano, debido a que tuvieron vigor las Leyes del Toro, por disposición de las Leyes de Indias, pero también se aplicó el Fuero Real, las Siete Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, de Bilbao, Autos Acordados, la Nueva Recopilación que sobre esta cabe destacar que la materia penal estaba tratada en el libro octavo, siendo que el título XII se contemplaba del robo y la receptación; la Novísima Recopilación que en su libro XII, título 18 contemplaba “de los receptadores y malhechores” que se componía de 8 disposiciones denominadas ley, así la ley VII con el título: Pena de los que en sus casas ó heredades recepten, encubran ó socorran á los salteadores y bandidos. Establecía lo siguiente:

“Porque la experiencia ha mostrado, que si los salteadores no tuviesen quien los receptase; encubriese y socorriese, no podrían conservarse mucho tiempo; ordenamos y mandamos, que ninguna persona, de qualquier condición que sea, pueda recepta ni encubrir en su casa, huerta, cortijo ó heredad á ninguno de los dichos salteadores, ni los pueda socorrer ni socorra voluntariamente con bastimentos, vestido, pólvora, balas ni otro género de armas, ni les dé avisos, ni les sirva de espías, pena, á los que lo contrario hicieren, de muerte natural, que mandamos se execute irremisiblemente; salvo si el que por esta causa fuere condenado, entregare vivo ó muerto alguno de los bandidos, porque en este caso queremos, que goce del indulto, y le sea remitida la pena en que había incurrido, como por la presente se la remitimos y perdonamos.”¹⁰

Se instalaron tres niveles de Tribunales, el Real y Supremo Consejo de Indias (1524-1834), la Real Audiencia y Chancillería de México y Guadalajara (1528-1823) y los tribunales de primera instancia. Posteriormente se establecieron varios tribunales especiales como el castrense o el de eclesiásticos, entre otros.

⁹TAU Anzoategui, Víctor ¿Qué Fue el Derecho Indiano?, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1982, p.17.

¹⁰.- Novísima Recopilación de las Leyes de España, Edición Facsímil, Madrid Libro XIII, el Boletín Oficial del Estado, 1993, pág. 380.

Durante la época colonial estuvo representada por diferencias muy evidentes entre los indios y los españoles, de forma intermedia se encontraban los criollos, quienes obtenían más derechos que los indios, pero no igual que los españoles. En ese sentido, las leyes eran injustas y crueles, además eran protectoras para los poderosos, con toda esta injusticia, se marginaba a la nueva clase social de mestizos y a los nativos se les imponían penas crueles, las cuales podían consistir en la muerte mediante la horca, la hoguera y el garrote; castración, destierro, prisión, azotes, trabajos forzados, proscripción, relegación, multa, confiscación, trabajo para los indios en conventos, etc.

En el año 1592 es creado el Juzgado General de Indios de la Nueva España, por el Virrey Luis Velasco, ello derivado de una Real Cédula y unas Instrucciones del 9 de abril de 1591, logrando que el Consejo de Indias autorizará el conocimiento de asuntos o conflictos planteados por los indios, que litigaran entre sí o en aquellos en que fueran reos, todo ello a través de un asesor letrado, cuyo sueldo a partir de la creación de dicho juzgado, se pagaba con el fondo del medio real y que pagarían los indios como seguro judicial.

El Juzgado contaba con ministros y empleados que generalmente no eran indios, señala el autor Andrés Lira que “los de mayor jerarquía fueron españoles- criollos y peninsulares-; hubo mestizos como solicitadores y en otros empleos menores y, ciertamente, algunos indígenas fungieron como interpretes” ¹¹

La recopilación de las leyes de indias, se compone de nueve libros y de manera específica el Octavo comprende de los delitos, de las penas y su aplicación. Respecto al delito de Encubrimiento el título XXXVIII de los navíos arribados, derrotados y perdidos, contemplaba la ley con el título, Que ninguna persona pueda comprar, recibir, ni vender cosa alguna de Navíos arribados, so las penas de esta ley. Que establecía:

“ Mandamos, que ninguno sea osado por trato, grangería, y otra necesidad, á comprar, ni recibir, por ningún título, ni causa, mercaderías, ni otra ninguna cosa,

¹¹- LIRA, Andrés, “Sobre Wodrow Borah, El Juzgado General de Indios en la Nueva España”, Historia Mexicana, El Colegio de México, México, N° 2, Vol.35, octubre-diciembre, 1985, p. 351.

que se llevare en Navíos arribados, así de los dueños, como de otros qualesquier terceros, pena de que el comprador, y el vendedor, y personas de cuya mano se recibieren, siendo participantes en el fraude, ó sabiendo después que compraron, ó recibieron mercaderías así prohibidas, si usaren de ellas, incurran en perdimiento de todos sus bienes, y de las mercaderías, o cosas que compraren, ó vendieren de Navíos arribados, y derrotados, con que si fueren revendedores, sean condenados en diez años de Galeras, y en la misma pena incurran los encubridores, ó receptadores: y siendo personas de calidad, sean desterrados perpetuamente de las Indias, además de las penas de perdimiento de las haciendas, y mercaderías arriba referidas...”¹²

Hacia el año de 1783 se promulgan por el virreinato las ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la nueva España y de su tribunal, en ellas se sanciona el hurto de metales, cuando los casos eran leves, conocía el tribunal y de lo contrario se imponía como pena la mutilación de un miembro, del cual conocía la sala del crimen de la audiencia.

ÉPOCA INDEPENDIENTE.

El autor Felipe Tena Ramírez reseña que luego de la ejecución de Hidalgo y Allende, Morelos continuó con la lucha de los Insurgentes quien tomó las ideas propias de la clase media y las pretensiones del campesino y las plasmó en sus Sentimientos de la Nación el 14 de septiembre de 1813, mediante las siguientes ideas: La abolición de la tortura; la supresión de la esclavitud; la América libre e independiente de España y toda otra nación; y la ausencia de privilegios.¹³

Un año después, el 22 de octubre de 1814 el congreso expide un decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, conocida como la Constitución de Apatzingán que comprendía: Igualdad de la Ley para todos; la soberanía es imprescriptible, inajenable e indivisible; la felicidad del pueblo consiste en el goce de la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad; el principio de legalidad; los fines de la pena; se estableció el derecho de audiencia. La cual dejó de tener vigencia a la derrota y muerte de Morelos.

¹².- Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, Volumen III, Edición Facsímil coeditada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado, Madrid 1998, pp. 467 y 468.

¹³.-TENA Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-1889, 15ª ed., México, Porrúa, 1989, p. 56

Para el 24 de febrero de 1821 Iturbide proclama el Plan de Iguala para consumar la independencia. Y el 24 de agosto del mismo año, Iturbide y O'Donojú, este último, quien tenía la calidad de capitán general y jefe político de la Nueva España, suscriben los Tratados de Córdoba mediante los cuales se reconoce la Independencia de México.

Sin embargo, derivado de crisis por la lucha de independencia, fue necesario la creación de disposiciones para poder dar solución a la situación que enfrentaba el país, se organizó a la policía, se reglamentó la portación de armas, el consumo de bebidas alcohólicas, la vagancia y la mendicidad mediante bandos.

Respecto al robo y el asalto, de acuerdo a los autores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Rivas “se reformó el procedimiento con relación a los salteadores de caminos, en cuadrilla y en despoblado, o en poblado, disponiéndose de juzgarlos militarmente en consejo de guerra (sep. 2 de 1823). Los ladrones fueron condenados a trabajos en obras públicas, en fortificaciones...Se declaró la ejecución de las sentencias corresponde al Poder Ejecutivo (may. 11 de 1831 y ene. 5 de 1833) se reglamentaron las cárceles (1814, 1820 y 1826).”¹⁴

Tratando de dar dirección al país, el 4 de octubre de 1824, el Congreso Constituyente promulga la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, concedía autonomía a las entonces llamadas provincias (ahora estados) quienes podían organizarse con una propia constitución y leyes en asuntos que no fueran de interés general y establece una forma de gobierno republicano, representativo y popular.

Se instruyó un sistema de dos cámaras, la de Diputados que representa a todo el pueblo y la de Senadores que representaba a esas provincias. Así mismo se crea la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver los conflictos que se presentaban, y se establecen Derechos Humanos a lo largo de su texto.

¹⁴.-CARRANCÁ Y Trujillo, Raúl, CARRANCÁ y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 22ª ed. México, Porrúa, 2004, pp. 137-138

Dicha Constitución no fue de la complacencia de la aristocracia criolla, el ejército y la iglesia, dado que querían un poder central para toda la república, contrario a lo que dicha constitución establecía, siendo así que hubo revueltas entre centralistas y federalistas para imponer gobiernos y derrocarlos.

En el año 1833 como vicepresidente Valentín Gómez Farías a cargo de la presidencia, realizó una serie de reformas que afectó entre otros a la iglesia, pues sus ideales consistían en la igualdad, la libertad y la participación de todos en las elecciones. Sin embargo, la reacción de los centralistas apoyados por la iglesia fue revelarse no sólo contra las reformas, sino contra la Constitución, al grado de formarse un congreso ordinario con mayoría conservadora, que sin fundamento se elevó a congreso constituyente y eliminó la Constitución de 1824 y en su lugar elaboró las siete leyes constitucionales de 1836 la cual pretendía ser una Constitución que limitó el derecho de voto y el ejercicio de cargo públicos solo para personas con recursos económicos y creó el Supremo Poder Conservador que constituyó una figura dictatorial.

Derivado de los problemas existentes Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá Rivas relatan que “el Gobierno Federal hubo que reconocer expresamente la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana, como la legislación mexicana propia, el dato de la mayor importancia, consta en una Circular del Ministro del Interior (sep. 20.1838), bajo el gobierno del Gral. Anastasio Bustamante...”¹⁵ Pero, no se dejaba de dar solución a los problemas que se presentaban, ejemplo de ello es la Circular Previsiones para la Persecución de Falsificadores de Moneda e impedir la circulación de esta, de fecha 3 de agosto de 1839, la cual de manera general señala la necesidad de tomar la medidas para evitar los males graves que pudiera causar la acuñación de cobre falso y la obligación del gobierno de desplegar toda energía del gobierno para perseguir a los falsificadores, llamando a las autoridades locales a realizar la vigilancia con celo y esfuerzo de sus demarcaciones. Y que en su parte final señalaba:

“...deberán pedir todos los auxilios que le sean necesario, obrando de acuerdo con las demás autoridades militares y judiciales cuando el caso lo exija, a fin de que se

¹⁵. *Ibidem*, p. 138.

obre con toda energía y se consiga escarmentar a los autores, encubridores y traficantes de moneda falsa.”¹⁶

Durante el conflicto por la adopción del centralismo, se presenta la separación definitiva de Texas que era parte de México en 1836. Para el año 1839 Francia invade México, se presenta también la separación temporal de Yucatán que proclamaba los derechos locales. Para el año de 1840 se presenta el proyecto de Constitución Yucateca, por Don Manuel Crescencio Rejón, en el que se contempló la creación de un medio de control constitucional que se denominó Amparo. Dicho proyecto fue aprobado el 31 de marzo de 1841 y promulgado el 16 de mayo del mismo año.

En 1847 se realiza el Acta Constitutiva y de Reformas que recupera las ideas de la Constitución de 1824, sin embargo, poco duró la vigencia, pues contra ella el grupo conservador promovió el ascenso de Santa Anna a una dictadura. Aunado a que en ese mismo año Estados Unidos de América invadió México.

A consecuencia de lo anterior se inicia la Revolución de Ayutla a cargo de los liberales Benito Juárez, Melchor Ocampo, Miguel y Sebastián Lerdo de Tejada, Ponciano Arriaga, José María Iglesias y Valentín Gómez Farías. El 12 de agosto de 1855, el general Antonio López de Santa Anna abandona la Ciudad de México y se dirige al puerto de Veracruz rumbo al exilio. El triunfo de la revolución de Ayutla inaugura una nueva época en la historia de México con la reforma de separar el Estado de la Iglesia, pone en circulación la enorme riqueza que era propiedad de la iglesia y establece la libertad de cultos entre otros.

En 1857 se convocó a un congreso constituyente que expidió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, la cual restableció el Federalismo y una República representativa, se establecieron derechos del hombre, y como medio de protección al amparo, se sentaron las bases para la emisión de leyes penales, dejándose reservada a los estados la facultad para legislar en materia penal en

¹⁶.-Legislación Mexicana o Colección completa de las Disposiciones Legislativas expedida desde la independencia de la República, Dublan Manuel y Lozano José, Edición Oficial, Imprenta del Dublan y Lozano hijos, México 1876, T. III, p. 645

delitos del orden común, se establecieron diversos derechos y principios, entre ellos el de legalidad que establecía en su artículo 14, lo siguiente:

Artículo 14.- No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado por leyes dada con anterioridad al hecho exactamente aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

1.3 PRIMER CÓDIGO PENAL (1835).

El primer Código en materia penal de la República fue el promulgado en el Estado de Veracruz presentado como proyecto al Cuarto Congreso Constitucional del Estado, y mandado a observar provisionalmente por decreto número 106, de 28 de abril de 1835 y firmado por Juan Francisco de Bárcenas Vice-Gobernador Constitucional del Estado de Veracruz. El referido Código respecto al delito de Encubrimiento establecía:

“Art. 106. Son auxiliares y fautores:

1.º Los que á sabiendas proporcionan asilo ú ocultamiento á la persona de los delincuentes, ó reciban, guardan ó esconden las cosas que constituyen el cuerpo, materia ó instrumento del delito.

2.º Los que a sabiendas proporcionan o favorecen la fuga de los delincuentes, ó la trasposición de las cosas que constituyen el cuerpo, materia ó instrumento del delito.

3.º Los que a sabiendas compran, venden ó intervienen en la compra ó venta de las cosas hurtadas.

4.º Los que á sabiendas fabrican ó venden utensilios que solo puedan servir para la comisión de algún delito.

5.º Los que antes ó después de cometido algún delito lo aprueban ó elogian, en términos de que puedan provocar ó inducir a que se cometa ó repita.

6.º Los que antes de cometerse el delito ofrezcan alguna de las cosas comprendidas en los miembros precedentes.

Art. 107. Los auxiliares y fautores de que habla el artículo anterior, serán castigados con pena arbitraria, con la que nunca llegue al máximum señalado por la ley á los reos principales.”¹⁷

Son auxiliares o fautores (personas que favorecen o ayudan a otra, de acuerdo al diccionario de la lengua española), que en el artículo 106 en sus fracciones 1 y 2 se advierte un delito de Encubrimiento por favorecimiento, con la hipótesis “los

¹⁷.-Proyecto de Código Penal, presentado al Cuarto Congreso Constitución del Estado de Veracruz y mandado observar provisionalmente por decreto número 106 de 28 de abril de 1835. Jalapa, Impreso por Blanco y Aburto. pp-30-31. <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000093945&page=1>

que a sabiendas.” Por lo que hace a la fracción 3 se contemplaba un encubrimiento por receptación, con la hipótesis “los que a sabiendas”. Respecto a la fracción 4 se sanciona la fabricación o venta de utensilios para la comisión de un delito. La fracción 5 contempla la inducción al delito antes o después a realizarlo o repetirlo. Por cuanto hace a la fracción 6 establece el ofrecer previo al delito todo lo que consideran las demás fracciones.

En ese sentido, en términos del artículo 101 del citado Código se consideraba como sujetos de responsabilidad, a los autores del delito, a cómplices, auxiliares y autores. Código que tuvo una vigencia hasta el 5 de mayo de 1869, el cual sigue el modelo del Código Penal español de 1822.

1.4 CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1871 (CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA SOBRE DELITOS DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACIÓN).

El presidente Juárez habiendo ordenado una comisión para elaborar un proyecto de Código Penal, se interrumpió por la guerra contra la intervención francesa, pero en fecha 28 de septiembre de 1868 queda designada la nueva comisión, presidida por Antonio Martínez de Castro, elaborándose el Código Penal que el 7 de diciembre de 1871, se aprobó y entró en vigor el 1 de abril de 1872, en dicho ordenamiento, el Encubrimiento se contempló en los siguientes artículos:

Artículo 55.- Los encubridores son de tres clases.

Artículo 56.- Son encubridores de primera clase:

Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

I. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose de los unos o de las otras los encubridores:

II. Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito, o que se descubra a los responsables de él;

III. Ocultando a éstos, si tienen costumbre de hacerlo, u obran por retribución dada o prometida...

Artículo 57.- Son encubridores de segunda clase:

1°. Los que adquieren alguna cosa robada, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

I. Que no hayan tomado las precauciones legales para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella;

II. Que habitualmente compren cosas robadas

2°. Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en el artículo anterior.

Artículo 58.- Son encubridores de tercera clase:

Los que teniendo por su empleo ó cargo, el deber de impedir ó de castigar un delito, favorecen á los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracs. 1ª y 2ª del art. 56, ú ocultando á los culpables.

Dicho Código contempla tres tipos de encubridores, los de primera clase, Encubrimiento por Favorecimiento, establecido en su artículo 56, sin hacer mayor pronunciamiento considerando que no es materia del tema.

Los de segunda clase, encubrimiento por receptación, establecido en el artículo 57, que establece que no es necesario que se pruebe que tenía conocimiento de que la cosa era robada, cuando se reúnen las hipótesis 1. Que no se tomaron las precauciones legales, para asegurarse que de quien la recibieron tenía derecho para disponerla y 2. Que con frecuencia compre cosas robadas. Aunque cabe aclarar que en su segunda hipótesis no precisa qué debe entenderse por precauciones legales.

La tercera clase, en su artículo 58 Encubrimiento por Favorecimiento por el empleo o cargo.

Se consideró al Encubrimiento, junto a la complicidad y con la autoría, como forma de participación en un delito único, porque que en términos de los artículos 49 fracción VI y VII y 50 fracción IV así lo establecieron:

Artículo 49.- Son responsables como autores del delito:

VI. Los que ejecutan hechos que, aun cuando á primera vista parecen secundarios, son de, los más peligrosos ó requieren mayor audacia en el agente;

VII. Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir ó de castigar un delito, se obligan con el delincuente á no estorbarle que lo cometa, á procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.

Artículo 50.- Son responsables como cómplices:...

IV. Los que ocultan cosas robadas, dan asilo á delincuentes, les proporcionan la fuga, o protegen de cualquier manera la impunidad; si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito.

REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DE 1871

Con la intención de actualizar el Código Penal de 1871, se realizan trabajos de revisión entre 1903 y 1912, mediante el proyecto elaborado por la comisión presidida por Miguel S. Macedo, en lo referente al delito de Encubrimiento de segunda clase, la exposición de motivos planteaba en su anteproyecto:

“Es notorio que, tratándose de delitos contra la propiedad, y en especial del robo, la represión no debe dirigirse solamente contra los autores del delito, sino que tiene que enderezarse también contra los encubridores, so pena de ser ineficaz.

Es fuera de duda que las disposiciones vigentes del Código son ineficaces. Muy raras han sido las condenaciones por encubrimiento por adquisición de cosas robadas, y aunque es muy difícil precisar cuál parte de la falta de represión corresponde a la disposición legal y cual otra a la falta de empeño de la policía y de los jueces para perseguir esos actos, sí parece indudable que es necesario hacer más estricta la ley”.¹⁸

El ponente de la comisión, advirtió cuatro defectos en la redacción de la fracción I del artículo 57 al establecer:

- “1. Solo se habla de la adquisición de la cosa robada y no de su recibo en prenda, siendo bien sabido que las casas de empeño proporcionan a los ladrones el medio común de convertir en dinero el producto del robo;*
- 2. Sólo se refiere a cosa robada, debiendo entenderse el precepto a toda cosa usurpada en virtud del delito, aunque sea fraude, abuso de confianza u otro;*
- 3. No precisa las precauciones que debe tomar el adquiriente, pues habla de las legales, sin que haya ley que las determine, constituyendo ese silencio o*

¹⁸.- Secretaría de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal, Trabajos de Revisión del Código Penal, Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos, México, Tip. de la Oficina Impresora de Estampillas, Palacio Nacional, T. I, 1912 p. 294.
https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/F/T3QERDPEDPQQ9PFAES1PYNU7FYECQX8H9MC8M4V9Y4ETD8UNYM-07460?func=find-b&request=Secretar%C3%ADa+de+Justicia%2C+Comisi%C3%B3n+Revisora+del+C%C3%B3digo+Penal%2C+Trabajos+de+Revisi%C3%B3n+del+C%C3%B3digo+Penal%2C&find_code=WRD&adjacent=N&loc_al_base=&x=37&y=10&filter_code_1=WLN&filter_request_1=&filter_code_2=WYR&filter_request_2=&filter_code_3=WYR&filter_request_3=&filter_code_4=WFM&filter_request_4=&filter_code_5=WSL&filter_request_5

indeterminación una inconsecuencia, más grave desde que el Código de Procedimientos Penales de 1894, estableció (art. 97, III) como medio de comprobación del cuerpo del delito de robo, la simple falta de justificación de la procedencia de la cosa, cuando se presume que el poseedor por sus circunstancias personales, no haya podido adquirirlas legítimamente;

4. No distingue, entre los adquirentes, a los comerciantes y a los que hagan la adquisición para usar la cosa y no para revenderla, y de esa falta de distinción, el requisito del hábito, de tan molesta y difícil demostración aun en los casos más graves.

Propongo se corrijan estos defectos y que el encubrimiento por compra, hecha por revendedores, o por recibo de la cosa por empeñeros, se considere de tercera clase.”¹⁹

Respecto a los artículos 55 y 56 se consideró conservaran el mismo texto, no obstante que la división en tres clases de encubridores era de escasa importancia, supuesto de que a todos se les podía imponer la misma pena.

Referente a los artículos 57 y 58 establecieron:

“Art. 57. Son encubridores de segunda clase.

I. Los que adquieren para su uso o consumo, sin propósito de especulación mercantil, alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

Primera. Que no hayan tomado las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella;

Segunda. Que habitualmente compren cosas robadas.

II. Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en el artículo anterior.

Art.- 58. Son encubridores de tercera clase:

I. Los que, con propósito de especulación mercantil, adquieran o reciban en prenda alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento, de esa circunstancia, si no tomaron las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa, tenía derecho a disponer de ella; debiendo consistir dichas precauciones en dar aviso previo a la autoridad o en exigir fianza de persona abonada y de arraigo que se constituya responsable del valor de la cosa, si ésta resultare objeto o efecto de un

¹⁹.Ibídem, T. I p. 295.

delito, siempre que, por las circunstancias del poseedor y por el valor o naturaleza de la cosa, sea de presumirse una usurpación delictuosa.

II.- (actual párrafo segundo del mismo artículo.) Los que teniendo por su empleo ó cargo, el deber de impedir ó de castigar un delito, favorecen á los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracs. I y II del art. 56, u ocultando a los culpables.”²⁰

Cabe aclarar que dichos artículos en sesión de 25 de agosto de 1905 fueron aprobados en los términos propuestos. Respecto al artículo 57, en su fracción I contempló como novedad que la cosa robada, o apropiada injustamente por medio de otro delito, fuera para uso o consumo, sin propósito de vender o ceder en el comercio. Y en su hipótesis primera, modificó las precauciones legales a precauciones convenientes.

Aclarando en el artículo 58 fracción I, estableció que se adquiriera o recibiera en prenda alguna cosa robada o apropiada por medio de otro delito, con el propósito de entregarlas en el comercio. Y que las precauciones convenientes, consistían en dar aviso previo a la autoridad o en exigir fianza de persona que tuviera derecho al uso de la cosa y de arraigo que se constituyera responsable del valor de la cosa, al ser presumible esa apropiación injusta.

1.5 CÓDIGO PENAL DE 1929 (CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929).

El presidente Portes Gil por decreto de 9 de febrero de 1929 expidió el Código Penal, publicado en el Diario Oficial el día 5 de octubre de 1929, el cual entró en vigor el 15 de diciembre de 1929, por lo que hace al delito de Encubrimiento se estableció:

Artículo 43. - Se consideran Encubridores:

I.- Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

Primero.- Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con los que se comete el delito o de las cosas que son objetos o efecto de él, o aprovechándose ellos mismos de los unos o de las otras.

Segundo.- Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe, el delito o que se descubra a los responsables de él.

²⁰ Ibídem, T. I. pp. 295 y 296.

Tercero.- Ocultando a estos, si anteriormente han hecho dos o más ocultaciones, aunque de ellas no haya tenido conocimiento la autoridad; o si obran por retribución dada o prometida;

II.- Los que adquieran para su uso o consumo, sin propósito de especulación mercantil, alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les compruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

Primera.- Que no hayan tomado las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella.

Segunda.- Que habitualmente compren cosas robadas. Se considera comprador habitual de cosas robadas: al que efectúe dichas compras tres o más veces distintas;

III.- Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir el delito o de aplicarles una sanción, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en la fracción I de este artículo;

IV.- Todos aquellos que, con propósito de especulación mercantil, adquieren o reciben en prenda alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque prueben que ignoran esta circunstancia, si no tomaron las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella; debiendo consistir dichas precauciones en dar aviso previo a la autoridad o exigir fianza de persona abonada y de arraigo que se constituya responsable del valor de la cosa, si ésta resultare objeto o efecto de un delito, siempre que por las circunstancias del poseedor o por el valor y naturaleza de la cosa se de presumirse una usurpación delictuosa, y

V.- Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir la comisión de un delito o aplicar una sanción, favorecen a los delincuentes previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en los incisos Primero y Segundo de la fracción I de este artículo u ocultando a los responsables.

Como se puede observar en este Código Penal en su artículo 43 se establecen tres tipos de encubridores, en la fracción I, el encubrimiento por favorecimiento, en sus fracciones II y IV encubrimiento por receptación, cabe aclarar que es similar a la reforma de 1912 al Código Penal de 1871, debido a que la fracción II establece que cuando se adquieran para uso o consumo, sin propósito de vender o ceder en el comercio la cosa robada, aunque no se compruebe que tenía conocimiento que era cosa robada siempre que se tomarán las precauciones convenientes para comprobar que la que se las entregó persona podía disponer de ella y habitualmente compren cosas robadas, señalando como cosa novedosa que se entiende por "comprador habitual de cosas robadas". Y en su fracción IV establece la especulación mercantil y las precauciones convenientes como la citada reforma. En las fracciones III y V, Encubrimiento por Favorecimiento abusando de su cargo y por el empleo o cargo.

Así también en este código se consideró al encubrimiento, junto a autoría y la complicidad, como forma de participación en un delito único, pues en términos de los artículos 37 fracción VII y VIII y 38 fracción IV y V así lo establecieron:

Artículo 37.- Son responsables como autores de un delito

VII. Los que ejecutan hechos que, aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de, los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente;

VIII. Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o de sancionar un delito, se obligan con el delincuente á no estorbarle que lo cometa, o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.

Artículo 38.- Son responsables como cómplices:...

IV. Los que ocultan cosas robadas, dan asilo á delincuentes, les proporcionan la fuga, o protegen de cualquier manera la impunidad; si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito, y

V.- Los que sin previo acuerdo con el delincuente, pero sabedores de que se va a cometer el delito, y debiendo por su empleo o cargo impedirlo, no cumplen con ese deber.

Solo tuvo vigencia dicho código al 16 de septiembre de 1931.

1.6 CÓDIGO PENAL DE 1931 (CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL DE 1931).

Fue promulgado por el presidente Ortiz Rubio por decreto de 2 de enero de 1931 y publicado en el Diario Oficial el 14 de agosto de 1931 el cual comenzó a regir a partir del día 17 de septiembre de 1931. El delito de Encubrimiento se contempló en el siguiente artículo:

Artículo 400.- Se aplicarán de quince días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que:

I.-No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance impedir la consumación de los delitos que sepa van a cometerse, o se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio.

Quedan exceptuados de pena aquellos que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses...

II.-Requerido por las autoridades, no de auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; salvo las excepciones consignadas en la fracción anterior y cuando se trate de cónyuge, o de pariente del requerido o de personas a quienes éste deba respeto, gratitud o amistad, y

III.- Habitualmente compre cosas robadas. Se considera comprador habitual de cosas robadas: al que efectuó dichas compras tres o más veces.

Como se puede advertir se consideraba encubridores en términos de la fracción III, solamente a quienes de manera habitual compraran cosas robadas, siendo un retroceso a lo que contemplaba la reforma de 1912 al código penal de 1871 que estableció la adquisición de cosas robadas o apropiación por medio de otro delito, para uso común sin propósito de transmitir las en el comercio, aunque no se les probara que tenían conocimiento de la cosa robada o apropiada de cualquier delito, si concurrían dos hipótesis:

- No tomaron las precauciones convenientes para asegurar que la persona de quien la recibieron tenía ese derecho a disponer de ella. Dicha precaución consistía en dar aviso previo a la autoridad o en exigir fianza de la persona que tenga derecho al uso de la cosa y de arraigo que se constituya responsable del valor de la cosa, al ser presumible esa apropiación injusta.

- Que habitualmente comprara cosas robadas y que el Código del 1929, determinó era la persona que efectuara dichas compras tres o más veces distintas.

También se dejó de considerar que se adquiriera o recibiera en prenda alguna cosa robada o apropiada por medio de cualquier delito, con el propósito de entregarlas en el comercio.

REFORMA DE 9 DE MARZO DE 1946.

En fecha 9 de marzo de 1946 en el Diario Oficial se publicaron reformas al Código Penal, entre ellas al artículo 400, que estableció:

Artículo 400.- Se aplicarán de cinco días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que:

I.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la...

II.- No haya tomado las precauciones indispensables, para asegurarse de que la persona de quien recibió la cosa en venta o prenda tendría derecho para disponer de ella, si resultare robada.

III.- Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación...

IV.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor del delito...

V.- Oculte al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.

Dicha reforma suprime la habitualidad de comprar cosas robadas e introduce la frase “precauciones indispensables”, para que el agente las tome y se asegure de que la cosa que le entregara bajo las figuras jurídicas venta o prenda, tenía derecho a disponer de ella, si resultara robada, sin embargo, se sigue limitando solo a la figura del robo y si el sujeto era detenido con cosas derivadas de otro delito no se acreditaba el Encubrimiento.

Respecto a las “precauciones” la Suprema Corte de Justicia determinó que “...del precepto legal mencionado, establece la obligación de cerciorarse de que las cosas que van a comprarse no son robadas, recabando del vendedor elementos y datos que razonablemente y objetivamente conduzcan a la convicción de que está autorizado para disponer de esas cosas.”²¹ Sin embargo, de manera cierta y precisa, no se señalaba cuáles eran esas precauciones indispensables como lo hacía el código de 1871.

Así también en su última fracción introdujo la ocultación de efectos, objetos o instrumentos del delito y no solamente cosas.

De acuerdo a la Suprema Corte el delito de Encubrimiento se consideró “...un delito especial y autónomo que diverge del Encubrimiento genérico, que dentro de la teoría de la coparticipación, consigna el artículo 13 del mismo ordenamiento sustantivo y no necesita que por sentencia ejecutoria se declare la culpabilidad de la persona a quien se atribuye la comisión del delito principal, si de las pruebas existentes aparece comprobado que dicho delito se cometió.”²² Lo anterior porque el artículo 13 del Código Penal Federal, también reformado y publicado en fecha 9 de marzo de 1946, estableció:

Artículo 13.- Son responsables de los delitos:..

IV.- Los que en casos previsto por la ley, auxiliien a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa.

²¹. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Primera Sala. Volumen LXXVII, segunda parte, p. 19. Registro digital 259748

²². Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Sala Auxiliar. Tomo CXXVI, p. 24. Registro digital 384138

REFORMA DE 20 DE ENERO DE 1967.

En fecha 20 de enero de 1967 se publicaron reformas en el Diario Oficial, al Código Penal, así se adiciono al artículo 400 una fracción VI, que establecía:

VI.- Adquiera a sabiendas ganado robado.

Como se advierte integra al delito, adquirir que de acuerdo al diccionario de la lengua española, es ganar, comprar, coger lograr, conseguir, pero solo ganado robado, y constituye también un elemento subjetivo, como lo es “a sabiendas”, lo que implicaba que para este tipo de encubrimiento el ministerio público y posteriormente el juez, acreditarán que el sujeto de modo cierto o a ciencia segura había adquirido ganado robado, situación nada fácil.

REFORMA DE 14 DE ENERO DE 1985.

En fecha 14 de enero de 1985 se publicó en el Diario Oficial, reformas al Código Penal, y respecto al artículo 400 quedó como sigue:

Artículo 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito, sin haber participado en este, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta la mitad.

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie...

III.- Oculte al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.

IV.- Requerido por las autoridades...

V.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance...

En la fracción I se introduce al Encubrimiento un nuevo elemento, “el ánimo de lucro” que constituye la intención o voluntad de obtener una ganancia o provecho. Así como también las palabras adquirir, recibir y producto, después de la ejecución de un delito, (no limitándolo al robo), respecto al elemento subjetivo a sabiendas se retomó de la anterior fracción VI respecto al Encubrimiento de ganado, la cual por cierto en esta reforma se suprimió.

Así mismo se continuó sin precisar en qué consisten las precauciones indispensables, para asegurarse de que la persona de quien recibió la cosa tenía derecho a disponer de ella. Sobre este particular la Suprema Corte señaló, que se estaba ante un delito culposo, al determinar "...indudablemente que dicha figura delictiva es ejemplo de un delito culposo, porque así lo señala la Exposición de Motivos, en cuanto a que el enjuiciado del mismo actúa positivamente al recibir la cosa, pero omite por negligencia o en forma imprudencial realizar la conducta que la norma le impone, esto es, la de asegurarse objetiva y razonablemente de que la persona de quien recibe la cosa tiene derecho a disponer de ella."²³ Respecto a la palabra ocultar ya se había contemplado desde la reforma de 1946.

REFORMA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1985.

En fecha 23 de diciembre de 1985 se publicó en el Diario Oficial, reformas al Código Penal y en su artículo 400 se agregó un párrafo tercero a la fracción I y modificándose la fracción III y parte final del artículo, para quedar como sigue:

I.-....

Para los efectos del párrafo anterior, los adquirientes de vehículos de motor deberán tramitar la transferencia o regularización del vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia.

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.

IV.-...

V.-

No se aplicará la pena prevista en este artículo, en los casos...

a)...

b)...

c)...

Se trató imponer reglas para la adquisición de vehículos con una transferencia o regularización y que se cerciorara de su procedencia legítima, sin señalar en qué consistiría dicho cercioramiento. Así mismo a la fracción III se agregó la palabra favorezca, respecto al ocultamiento de los efectos, objetos o instrumentos del delito, contemplando con ello una hipótesis más para acreditar el delito, aunado a nueva hipótesis por la adquisición de vehículos.

²³.. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo V, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1990, p. 209. Registro digital 225685

REFORMA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1991.

En fecha 30 de diciembre de 1991 son publicadas en el Diario Oficial reformas al Código Penal, al artículo 400 se deroga el párrafo tercero de la fracción I, referente a la adquisición de vehículos, que solo tuvo vigencia por un año.

REFORMA DE 30 DE MAYO DE 1996.

En fecha 13 de mayo de 1996 son publicadas en el Diario Oficial reformas al Código Penal, modificó la denominación del Título Vigésimo Tercero del Libro Segundo señalando "Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita", al artículo 400 se adicionó un último párrafo, respecto a las sanciones que el juez podría imponer hasta por dos terceras partes de las que les correspondería bajo ciertas condiciones.

Sin embargo, en la misma reforma se adicionaron los artículos 368 Bis, 368, ter y 377, que si bien corresponden al robo, diverso delito que al se estudia, resultan importantes atendiendo a los elementos del tipo penal.

Artículo 368 bis.- Se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario.

Artículo 368 ter.- Al que comercialice en forma habitual objetos robados, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de aquéllos sea superior a quinientas veces el salario, se le sancionará con una pena de prisión de seis a trece años y de cien a mil días multa.

Artículo 377.- Se sancionará con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, al que a sabiendas y con independencia de las penas que le correspondan por la comisión de otros delitos:

- I. Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes;
- II. Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados;
- III. Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o identificación de un vehículo robado;
- IV. Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero, y
- V. Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos. ..

Se observa en dichos artículos, que el legislador tomó en consideración para su adición en que se sancionara la comercialización de instrumentos, objetos o productos de robo, como también de vehículos robados y autopartes de los mismos, no como encubrimiento por receptación, sino como robo equiparado. Que de alguna forma constituyo un avance tratando de disuadir la comisión de dicho delito y el alto índice de comercialización de los mismos.

REFORMA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

En fecha 17 de septiembre de 1999 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal se derogan, reforman y adicionan diversos artículos al Código de 1931 y en su artículo primero del decreto, determinó que el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, se le denominaría Código Penal para el Distrito Federal, a partir del 1 de octubre de 1999.

1.7 CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 2002.

En 16 de julio de 2002 fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, entrando en vigor a los ciento veinte días de su publicación, que en su capítulo IX contempló el delito encubrimiento por receptación de la siguiente manera:

Artículo 243.- Se impondrán prisión de tres meses a dos años y de treinta a ciento veinte días multa, a quien con ánimo de lucro, después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él, adquiera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use, u oculte los objetos o productos de aquél, con conocimiento de esta circunstancia, si el valor de cambio no excede de quinientas veces el salario mínimo. Si el valor de éstos es superior a quinientas veces el salario, se impondrán de tres a diez años de prisión y ciento veinte a mil días multa.

Artículo 244.- Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tomó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.

Artículo 245.- *En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda del máximo que la ley señale al delito encubierto.*

Respecto al primer artículo se implantó como primer elemento del delito “con ánimo de lucro”, que en la reforma de 1985 ya se contemplaba y que es un elemento subjetivo de difícil comprobación, así también consideró diversas formas de hacerse de objetos o productos del delito, que se señalaban en los artículos 368 bis, 368 ter y 377 del Código Penal de 1931 en su reforma de 13 de marzo de 1996, se instauró a la descripción penal, otro elemento subjetivo diverso al dolo “con conocimiento de esta circunstancia” que requería acreditar que el sujeto tenía conocimiento de que el objeto o producto derivaba de un ilícito, que de igual forma resultaba de difícil demostración.

Referente al segundo artículo se consideró imponer únicamente como pena en la proporción a un delito culposo, por el hecho de no haber tomado las “precauciones indispensables” y cerciorarse de que las cosas que recibió bajo los conceptos de venta, prenda u otro de la persona, ésta tenía derecho a disponer de la misma. Pero de nueva cuenta se comete el error de no precisar en qué consisten esas “precauciones indispensables.”

REFORMA DE 15 DE MAYO DE 2003.

En fecha 15 de mayo de 2003, por reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal se reforma el artículo 243 para quedar como sigue:

Artículo 243.- Se impondrá prisión de tres meses a dos años y de treinta a ciento veinte días multa, a quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él, adquiera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte los instrumentos, objetos o productos de aquél, con conocimiento de esta circunstancia, si el valor de cambio no excede de quinientas veces el salario mínimo.

Fue eliminada la frase “con ánimo de lucro” y adicionándose la descripción legal la palabra “instrumentos”, la cual se contempló desde el Código de 1929.

REFORMA DE 4 DE JUNIO DEL 2004.

En 4 de junio de 2004 en reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal se reforman los artículos 243 y 244 para quedar de la siguiente manera:

Artículo 243.- Se impondrá prisión de 2 a 7 años de prisión, y de cincuenta a ciento veinte días multa, a quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él, adquiera posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte el o los instrumentos, objetos o productos de aquél, con conocimiento de esta circunstancia si el valor de cambio no excede de quinientas veces el salario mínimo.

Si el valor de éstos es superior a quinientas veces el salario, se impondrá de 5 a 10 años de pena privativa de libertad y de doscientos a mil quinientos días multa.

Cuando el o los instrumentos, objetos o productos de un delito se relacionan con el giro comercial del tenedor o receptor, si éste es comerciante o sin serlo se encuentra en posesión de dos o más de los mismos, se tendrá por acreditado que existe conocimiento de que proviene o provienen de un ilícito.

Artículo 244.- Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.

Referente al primer artículo se aumentó la penalidad y se adicionaron los párrafos segundo y tercero, y atribuyendo un carácter criminal a la actividad de comprar y vender, como al que tenga en su poder instrumentos, objetos o productos de un delito relacionados con su giro comercial, o sin ser comerciante se le encuentre dos o más objetos en su poder, se tendrá por acreditado que proviene de un ilícito. Dando también ese carácter a cualquier persona que sea consumidor de cualquier producto, y adquiera dos objetos. Lo cual constituye una regresión del legislador.

Respecto al segundo artículo se adicionó las palabras instrumento, objeto o producto, así como las frases, de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó, eliminando las frases, la cosa y no tomó.

CAPÍTULO 2

SURGIMIENTO, REGULACIÓN, OBSERVANCIA Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 CONCEPTOS GENERALES

El Diccionario Jurídico Mexicano define a los **Derechos Humanos** como el “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todos ellos, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.”²⁴

Para el autor Carlos Quintana Roldán los derechos humanos son "al conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales." ²⁵

En ese sentido esas prerrogativas de las que goza todo ser humano para velar su existencia, deben observarse y respetarse por el Estado.

Derechos fundamentales.-Son aquellos derechos básicos, esenciales para que los seres humanos tengan una vida digna.

Garantía.-“... es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.”²⁶ “...entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones).”²⁷

²⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., T. I, p. 223.

²⁵ QUINTANA Roldan, Carlos F., “Derechos Humanos” en BOLIVAR Galindo, Cielito (coord.), Derechos Humanos Parte General, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013 p. 2.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías, trad. Miguel Carbonell, et al., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006, p. 29.

²⁷ *Ibidem* p. 33.

Garantías Constitucionales.- Es un mecanismo que tiene como función el asegurar y salvaguardar que los derechos humanos o garantías consagrados en la Constitución, se cumplan.

Tratado Internacional.- “...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”²⁸

2.2 SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU REGULACIÓN.

Los derechos humanos surgen derivado de la idea de dignidad humana, por la conciencia que nació en las sociedades, para proteger a grupos de personas vulnerables por cuestiones sociales, económicas, culturales o de otra índole que se encuentran en desventaja ante otros y frente a los abusos de poder.

Los derechos humanos han evolucionado a lo largo del tiempo, las primeras disposiciones que los contemplaron se encuentran en el Bill of Rights (Carta de Derechos) de la Revolución Inglesa de 1689, la Constitución de Virginia de 1776, la primera Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, (resultado de la revolución francesa de 1789).

Tras la caída del absolutismo, con las monarquías que eran su sostén a fines del siglo XVIII, caracterizadas por la reunión de todos los poderes en una sola persona. El hombre toma conciencia que para poder acceder a la convivencia, necesitaba tener garantizados ciertos derechos y libertades. Así surgen los derechos humanos de primera generación, entre los que encontramos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, derecho a la libertad, derecho a la seguridad jurídica, y otros. Algunos se contemplaron en la Constitución de Apatzingán (1814).

En el siglo XIX, derivado de la idea de igualdad universal nacida del pensamiento humanista y socialista, surgen los derechos humanos de segunda generación,

²⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, artículo 2, numeral 1 inciso a)

siendo los derechos sociales, económicos y culturales, cuya finalidad es elevar las condiciones de vida. Se contemplaron en la Constitución de 1917.

En la mitad del siglo XX por factores económicos, discriminatorios, culturales, religiosos, ambientales entre otros, surgen los derechos de tercera generación, motivados a actuar hacia una mejor calidad de vida de la humanidad, aparecen el derecho a la paz, derecho a la justicia internacional, derecho al desarrollo entre otros.

Una vez concluida la segunda guerra mundial (1939-1945), se generó una nueva conciencia en la humanidad para generar concordia. En 1945 se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuyo fin era asegurar la paz, la seguridad internacional y el respeto a los derechos humanos, fomentando las relaciones de amistad entre las naciones y promoviendo el desarrollo social y mejoras del nivel de vida de sus pueblos

En fecha 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constituye una serie de derechos humanos que establecen los mínimos que una nación debe respetar de su población.

En 1948 se firma la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), integrándose a la Organización de Naciones Unidas con el carácter de organismo regional (la creación de la OEA data del año 1890 con meros fines comerciales). En 1948 fue proclamada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que solamente es de índole declarativa y no tenía fuerza obligatoria. Sin embargo, a partir de estas declaraciones, es que los Estados comenzaron a crear una serie de Tratados Internacionales cuya finalidad es que se respeten y cumplan.

Así entre los tratados más importantes se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969, la cual entró en vigor el 16 de junio de 1978, que consolida la

supervisión y vigilancia de los Derechos Humanos por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y adiciona una instancia jurisdiccional, ante casos específicos de violaciones con jurisdicción de interpretación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

2.3 INICIO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), surge en el año de 1959 e inicia funciones un año después. Su marco normativo se encuentra en la Carta de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su respectivo reglamento. Su propósito es promover la observancia y defensa de los Derechos Humanos, así como servir de órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos.

Se integra por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Duran cuatro años en el cargo y pueden ser reelectos una sola vez. Sesionan en la sede ubicada en Washington, D.C. (EUA), o pueden acordar reunirse en otro lugar.

Las atribuciones que tiene la comisión respecto de Estados que sólo son miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se encuentran regulados en el artículo 18 del Estatuto y algunos de los más importantes son:

- Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.
- Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos.
- Solicitar a los gobiernos de los Estados que le proporcionen informes sobre las medidas adoptadas en materia de derechos humanos.
- Atender las consultas que le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos y prestar el asesoramiento que le soliciten.
- Practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o la invitación del gobierno respectivo.

Las visitas in loco, consisten en observar la situación que guardan los derechos humanos en algunos Estados y recabar información de que se está cumpliendo con su respeto. Sin embargo, los Estados no siempre están dispuestos a aceptar la intervención de organismos internacionales.

Las atribuciones con los Estados que son miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y parte de la Convención Americana sobre derechos Humanos, además de las señaladas con anterioridad, se establecen en el artículo 19 del citado estatuto y algunas de las más importantes son las siguientes:

- Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones que se le dirijan.
- Comparecer ante la Corte IDH en los casos previstos en la Convención.
- Solicitar a la Corte IDH tome medidas provisionales en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, para evitar daños irreparables a las personas.
- Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos.

Cualquier Estado parte de la Convención, puede realizar la petición al desconocer los derechos consagrados en la misma o bien cualquiera de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos "...siempre que respecto de éstos se alegue la violación de derechos fundamentales reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - Declaración de Bogotá de 1948-." ²⁹

Así también cualquier persona o entidad no gubernamental que se encuentre legalmente reconocida en un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, pueden presentar peticiones personales o en favor de terceras personas, por presuntas violaciones a los derechos humanos que sean reconocidos por tratados de los cuales tenga su protección la Comisión.

²⁹ BOLIVAR, Galindo, Cielito (coord.), Op. cit., p. 137.

El procedimiento se regula en el título II del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contemplándose la solución amistosa. La Comisión si determina que existieron violaciones, prepara un informe con proposiciones y recomendaciones, el cual será transmitido al Estado en cuestión concediéndole un plazo determinado para que dé cumplimiento a la recomendación.

La decisión de someter a la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinado caso, corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en términos del artículo 45, apartado 1 de su Reglamento, que el Estado haya aceptado la jurisdicción de la Corte y que la Comisión considere no se ha cumplido las recomendaciones. Como salvedad para someter el caso a la Corte, será por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

2.4 APARICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos inició funciones una vez que la Convención entró en vigor. El 22 de mayo de 1979, los Estados partes eligieron a los juristas que serían los primeros jueces, tuvo su primera reunión el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la Organización de los Estados Americanos. Su sede se encuentra en San José Costa Rica, pero dicha sede puede ser cambiada.

Su marco normativo se encuentra regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su reglamento. Su propósito es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados referentes a derechos humanos como una institución judicial autónoma.

La Corte se integra por siete jueces elegidos por mayoría absoluta de los Estados miembros de la Convención, en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (propuestos también por los Estados) por un periodo de seis años y pueden ser reelectos una sola vez.

La Corte, ejerce esencialmente dos tipos de funciones, la consultiva y la Jurisdiccional o contenciosa, en la primera de acuerdo al autor Daniel O' Donell "...la Corte se aboca a la interpretación, en abstracto, de disposiciones contenidas en la Convención Americana o en otros tratados internacionales concernientes a derechos humanos aplicables a los Estados americanos, o bien al análisis de compatibilidad entre las leyes de un Estado y dichos tratados."³⁰ La interpretación no solo busca dilucidar el sentido, razón y propósito de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino también ayudar y asesorar a los Estados miembros y a los órganos de la Organización de los Estados Americanos para que den cumplimiento a sus obligaciones internacionales.

La función Jurisdiccional o contenciosa ha sido explicada por la misma Corte Interamericana al señalar "...se centra en analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables; determinar si las personas que han solicitado la intervención de las instancias del Sistema Interamericano son víctimas de las violaciones alegadas; establecer la responsabilidad internacional, en su caso; determinar si el Estado debe adoptar medidas de reparación; y, supervisar el cumplimiento de sus decisiones."³¹

La función contenciosa de la Corte se activa a partir de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenta el escrito de sometimiento del caso y cuenta con dos etapas una escrita y una oral. El proceso se lleva a cabo en los términos establecidos en los artículos 66 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 34 a 69 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A veces el proceso puede terminar anticipadamente por circunstancias previstas en su reglamento como lo es el desistimiento de la parte actora, el allanamiento de la parte demandada y la solución amistosa del asunto.

La sentencia que dicta será definitiva e inatacable para ello el Estado deberá presentar informe en relación a las víctimas o representantes legales y al propio

³⁰ O'DONELL, Daniel, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos." en BOLIVAR Galindo, Cielito (coord.), Derechos Humanos Parte General, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013 p. 151.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, solicitada por la República de Argentina, artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pp. 60-61

Estado. La Corte a fin de evaluar el cumplimiento puede requerir otras fuentes de información y apreciar el cumplimiento de la sentencia.

Por ende, la función de la Corte se constituye en suplir deficiencia de los tribunales de los Estados y va estableciendo el camino a seguir en el cumplimiento de los derechos humanos, así lo refiere el jurista Diego García-Sayán “Como es sabido, la Corte es complementaria y supletoria de los tribunales nacionales a donde las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden recurrir para hacer valer sus reclamos. Al tiempo que resuelve casos, con sus sentencias, va marcando rumbos en la protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia de los tribunales nacionales”.³² Cabe precisar que tendrá el carácter vinculante cuando los Estados hayan sido parte y por tanto tengan el reconocimiento de la competencia contenciosa, México lo realizó el 8 de diciembre 1998 (Diario Oficial de la Federación).

2.5 REGULACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES POR EL ESTADO MEXICANO

En nuestro país, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la Norma Suprema a la que deben ajustarse todas las demás normas, incluyendo las Leyes Federales y los Tratados Internacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, además de establecer la jerarquía legislativa en el sistema jurídico mexicano, esta disposición define el nivel en el cual deben considerarse los tratados, con respecto al resto de la normatividad, ya que dicho precepto establece:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

³² STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coord.), Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, 1ª edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014 p. XI.

Cuando los tratados estén acordes con la Constitución, sean celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, serán Ley Suprema al igual que la Constitución, de ahí que en todo caso un tratado pueda modificar una Ley Federal, sin embargo, no puede contraponerse a nuestra Constitución. Para la celebración de un tratado se integra en nuestro derecho público interno, por la concurrencia de la voluntad del Presidente y del Senado, sin que sea necesaria la intervención de otro órgano para que el Presidente pueda ratificar o adherirse a ellos en el ámbito internacional, debido a que así lo dispone el artículo 89 fracción X de nuestra Constitución, que en lo medular establece lo siguiente:

“Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:...
X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará... el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos ...”

En tanto que dentro de las facultades del senado en el tema que nos atañe se encuentran las siguientes:

“Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos;...”

Cabe aclarar que de acuerdo a la Ley para la Celebración de Tratados señala una excepción, para que no sólo sea el Presidente el autorizado en la celebración de tratados, de ahí que puede ser delegada dicha responsabilidad a favor de cualquiera que tenga plenos poderes, así lo establece en su artículo 2 fracción VI:

VI.- “Plenos Poderes”: el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados.

Así el reconocimiento de los derechos humanos se encuentra vigente en una norma suprema como lo son los tratados internacionales firmados y ratificados por México.

2.6 LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El Gobierno Mexicano en abril del año 2002 firmó un acuerdo de cooperación técnica con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos en México (OACNUDH), para para la elaboración de un Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, el cual se emitió en diciembre de 2003 que en su recomendación 11 denominada Sistema de Justicia señaló:

“11. Promover una profunda transformación en el sistema de justicia, que garantice el Estado de derecho en todos los órdenes, que comprenda el reconocimiento del derecho de las víctimas; el abandono del modelo de enjuiciamiento penal inquisitorio; la creación de una jurisdicción especializada para adolescentes en conflicto con la ley; la incorporación de una justicia penitenciaria y el acotamiento de la justicia militar a su ámbito propio; así como la ampliación del alcance protector del juicio de amparo. Asimismo, que unifique en el poder Judicial de la Federación los órganos jurisdiccionales que están en el ámbito del poder Ejecutivo, incluyendo los tribunales laborales, administrativos, agrarios y militares.”³³

Se debía adoptar un sistema penal acusatorio y garantizar: la desaparición del arraigo, la presunción de inocencia, la excepcionalidad de la prisión preventiva, el debido proceso, que se asentara la palabra derechos humanos en el artículo 1 Constitucional en vez de garantías individuales, el respeto y la protección de los derechos humanos de las personas detenidas y el derecho de defensa

En la reforma constitucional de 11 de junio de 2011, se incorpora la palabra Derechos Humanos, al artículo 1º Constitucional, el cual contempla los siguientes:

- Derecho a gozar de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

- Derecho a que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, con la protección más

³³ Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Grupo Mundi.-Prensa, México 2003, página VIII https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/8diagnosticoCompleto.pdf

amplia. Ya que se incorpora el principio *pro persona* o *pro homine*, que tiene como criterio rector el de otorgar mayor beneficio o protección para el ser humano.

- Derecho a que se promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Y de los cuales se debe entender que abordan.

Universalidad Implica que la titularidad de los derechos humanos corresponde a todas las personas y ello es suficiente para disfrutar de ellos.

Interdependencia, resulta ser la conexión de los derechos humanos entre sí, debido a que para ejercer algún derecho es indispensable otro u otros derechos, por lo que la satisfacción o la afectación a alguno de ellos, tiene efectos en el goce y eficacia de otros.

Indivisibilidad envuelve a los derechos humanos en un conjunto con la misma importancia, debiendo dar satisfacción de todos la autoridad, dado que no pueden reconocerse algunos y desconocerse otros.

Progresividad es el avance o mejoramiento en los derechos humanos que debe haber y el Estado deberá procurar la satisfacción de los mismos, ya que una disminución o retroceso de los mismos está prohibido.

- Derecho a que se prevengan, investiguen, sancionen y reparen las violaciones a los derechos humanos. Sobre este particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha contribuido a generar en el desarrollo de las medidas judiciales oportunas para subsanar los efectos de este tipo de violaciones. Al respecto la autora María Solange Maqueo Ramírez señala "Esta adición es consistente con el sentido adoptado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como con los avances propiciados en el seno de Naciones Unidas para garantizar los derechos de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos. De hecho, los

organismos internacionales se constituyen en el referente directo en la materia que dará origen al contenido de la reforma constitucional.”³⁴

- Derecho a que no se restrinja ni se suspenda el ejercicio de los derechos humanos, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece. La salvedad a la suspensión y restricción de los derechos humanos se contempla en los artículos 38 y 39 Constitucional.

- Derecho a la igualdad ante la ley. Para garantizar este derecho deben existir las condiciones necesarias de las partes sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. Dentro de esa igualdad existe el mandato de no segregar por cuestiones de origen étnico, salud u otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar sus derechos.

- Derecho a no ser sometido a esclavitud y derecho a la no discriminación.

Los derechos humanos se prevén en la Constitución, en su Título Primero, Capítulo I, se denomina: "De los derechos humanos y sus garantías", sin embargo, también se incluyen en los artículos 30, 31, 33, 34, 35 y 123. Así como el artículo 4 y su capítulo II de la Constitución de la Ciudad de México.

2.7 EL ESTADO MEXICANO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

México ha procurado garantizar el respeto a los derechos humanos, así el 7 de febrero de 1847 el diputado Ponciano Arriaga Leija, presentó al Congreso del Estado de San Luis Potosí la propuesta del establecimiento de Procuraduría de Pobres, como institución defensora de derechos, por lo que el 10 de marzo de 1847, dicho congreso decretó la creación de dicha procuraduría.

³⁴ MAQUEO Ramírez, María Solange, La Reforma Constitucional en Derechos Humanos, El Costo de su Realización Efectiva, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 59.

El 13 de febrero de 1989, en su estructura orgánica de la Secretaría de Gobernación, fue creada la Dirección General de Derechos Humanos y el de 6 junio de 1990, surge por decreto presidencial la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como órgano desconcentrado de la referida Secretaría y el 13 de septiembre de 1999, dicho organismo se constituyó como una institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica, patrimonio propio, modificándose la denominación de Comisión Nacional de Derechos Humanos por Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

De acuerdo con el artículo 102 apartado B, de la Constitución, se establece como facultad del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados establecer los organismos de protección a los derechos humanos, los cuales conocerán de quejas por actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes contra cualquier autoridad, (a excepción del Poder judicial de la Federación), mismos que podrán formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Sin embargo, en su último párrafo señala como sujetos legitimados ante dicha Comisión para solicitar una investigación por violaciones graves (desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales y tortura) a los derechos humanos, al Presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las Legislaturas de éstas y la propia Comisión. Lo que denota que se encuentra limitado a quienes se viola en su esfera de derechos, como lo serían los afectados, puesto que no se les contempla para solicitar la investigación, constituyendo una restricción al pleno ejercicio de sus derechos humanos.

EL JUICIO DE AMPARO COMO DERECHO HUMANO.

Derivado de que Yucatán se separa temporalmente del país, promulgó su Constitución en 1841, en la cual se instrumentó un mecanismo de control Constitucional denominado Amparo, diseñado para reparar cualquier afectación de derechos humanos producidos por la autoridad. Para el año 1857 se consagra el Juicio de Amparo al publicarse la Constitución Política, estableciéndose que para

resolver las controversias que violaran garantías individuales, la competencia era de los Tribunales Federales, así como los principios a seguir en la protección constitucional (artículos 101 y 102). Derivado del movimiento revolucionario aparecieron nuevas demandas sociales relacionadas con las garantías constitucionales, que la Constitución de 1917 consideró, al fortalecer el juicio de amparo como un medio de protección a las mismas.

El Estado Mexicano como precursor en la protección de los derechos humanos, participó en diversas reuniones en la Asamblea de las Naciones Unidas cuya función era que se adoptara el amparo, como medida de protección de los derechos humanos, lo cual fue considerado en el artículo 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de 1948 que dispuso:

Artículo 18.- Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

En el mismo año de 1948 se contribuyó en la redacción del artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, actual artículo 8 que establece:

Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

De acuerdo al autor Alberto A. Suarez Ávila, del texto del artículo citado “no se dejaron subsistentes los elementos característicos del amparo mexicano: la defensa debe dirigirse a paralizar la acción violatoria del poder público y esa defensa debe adoptar la forma de recurso judicial. Desde la perspectiva de Felipe Tena Ramírez, el amparo fue desnaturalizado en el ámbito internacional, debido a la postura que guardan los países renuentes a la institución jurídica, por no ser *ad hoc* con sus Constituciones.”³⁵

³⁵ SUAREZ Ávila, Alberto Abad, El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 235.

Para el año 1954 se elaboró un proyecto sobre Derechos Políticos y Civiles, que podían contemplar algunas generalidades del amparo, en su artículo 2 párrafo tercero del proyecto, (el cual se publicó para el año 1966 y el Estado Mexicano se adhirió en 1981), establece en lo conducente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se hayan estimado procedente el recurso.

Es de destacar la trascendencia del Amparo Mexicano en el ámbito Internacional, como un medio de control para salvaguardar los derechos humanos. En nuestro país se constituyó como un juicio constitucional de amparo, que para el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela “es un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole (fracción I art. 103 de la Constitución), que garantiza en favor del particular el sistema competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados (fracciones II y III de dicho precepto) y que por último protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función del interés jurídico particular del gobernado.”³⁶

El jurista Eduardo López Betancourt considera que es un “proceso que se tramita ante la jurisdicción especializada facultada para ello por el texto constitucional, teniendo como objeto resolver un litigio de índole constitucional, derivado de la eventual violación de los derechos humanos de una persona, cometida por una

³⁶ BURGOA Orihuela, Ignacio, el Juicio de Amparo, 33a ed., México, Porrúa, 1997. p. 168

autoridad pública. El propósito del amparo es verificar ese reclamo y en su caso invalidar el acto cuando se encuentre con mérito la pretensión del quejoso.”³⁷

El Juicio de amparo constituye un medio de protección constitucional por excelencia de los derechos fundamentales de las personas, contra violaciones a los derechos humanos o a las garantías otorgadas, por los actos u omisiones de las autoridades o por las leyes.

El artículo 103 fracción I de la Constitución, establece que será competencia de los Tribunales Federales resolver de las controversias que se susciten derivado de esas violaciones a los derechos humanos y se sujetarán a los procedimientos que establece la Ley de amparo, en términos de lo que dispone el artículo 107 Constitucional que de manera general instaura las bases para su tramitación. Con excepción de aquellas controversias en materia electoral.

2.8 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (O CONSTITUCIONALIDAD) EX OFFICIO O DIFUSO INDIRECTO

Debido a la reforma Constitucional en el año 2011 se presenta un cambio y avance para el respeto, y protección de los derechos humanos, implementándose el Control de Convencionalidad Ex Oficio, cuya finalidad es que los jueces están obligados a elegir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun cuando existan disposiciones en contrario en cualquier norma inferior y si bien no pueden hacer declaraciones de invalidez de dichas normas, si están obligados a dejar de aplicarlas. Por tanto, el control difuso directo implica que son diversos los órganos jurisdiccionales que custodian la eficacia de la Constitución, pues se les delega el estudio de la constitucionalidad, de ahí la denominación de “control difuso indirecto.”

Con anterioridad a la reforma penal, de acuerdo con el artículo 103, fracción I, de la Constitución, se consideraba al Poder Judicial de la Federación como el único órgano facultado para ejercer un Control de Constitucionalidad, el cual de acuerdo

³⁷ LOPEZ Betancourt, Eduardo, Amparo, México, Editores Iure, 2017. p. 48

al autor Raúl Chávez Castillo "...consiste en la tutela de la Constitución que ejerce la autoridad del Estado, facultada por la misma carta fundamental, para conocer violaciones de cualquier órgano del Estado que por medio de una ley o acto de autoridad vulnere en forma directa la ley fundamental, declarando en su inconstitucionalidad."³⁸

En ese sentido el Poder Judicial Federal ejerce un control concentrado, que de acuerdo a Hans Kelsen, se distingue porque solo un órgano es el competente para examinar una ley o acto y determinar su conformidad con lo establecido en la ley fundamental.

Resulta pertinente señalar, que se considera al Control de Convencionalidad de acuerdo al autor Manuel de Jesús Esquivel Leyva como "...un principio articulado con estándares y reglas provenientes de sentencias internacionales, con el derecho interno y con la garantía de acceso a la justicia, como una herramienta eficaz y obligatoria para los jueces nacionales y para hacer efectivo los derechos humanos..."³⁹

Respecto a la expresión Ex Officio el Magistrado Sergio Eduardo Alvarado Puente del Poder Judicial Federal, señala "...significa que el control de constitucionalidad y convencionalidad lo pueden hacer por virtud de su cargo de Jueces, aun cuando no sean Jueces de control constitucional y no exista una solicitud expresa de las partes, cuando el órgano jurisdiccional advierta que una norma contraviene derechos humanos contenidos en la Constitución Federal o en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, aun cuando no haya sido impugnado..."⁴⁰

³⁸ CHÁVEZ Castillo, Raúl, Juicio de Amparo, 8a ed., México, Porrúa, 2008, p. 3.

³⁹ ESQUIVEL Leyva, Manuel de Jesús, Contribuciones al Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015 pp. 217-218.

⁴⁰ Voto Particular. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Emisor: Magistrado Sergio Eduardo Alvarado Puente. Amparo Directo 391/2014. Libro 29, Abril de 2016, Tomo III, p. 2217. Registro digital: 42046.

Es pertinente señalar que los primeros lineamientos del Control de Convencionalidad en nuestro país derivaron de la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, por parte de elementos del Ejército Mexicano en el Estado de Guerrero, familiares realizaron denuncias ante autoridades, sin embargo, ante la omisión de respuesta a través de un organismo no gubernamental presentan el asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien emite diversas recomendaciones al Estado Mexicano las cuales no cumplió, enviando el asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), quien determina como responsable de la violación de diversos derechos al Estado Mexicano, y determinando en su resolución que el Poder Judicial debía ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana.

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación después de un procedimiento que realiza abre el expediente 912/2012, y en 14 de julio del 2011 emite su resolución sosteniendo los primeros lineamientos para el Control convencional como:

- Establece el carácter vinculante (obligatoria) de las sentencias emitidas por la Corte interamericana de Derechos humanos (Corte IDH), en asuntos en los que el Estado Mexicano ha sido parte. Al haber reconocido su competencia contenciosa.

- Establece el carácter orientador de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en asuntos en los que el Estado Mexicano no figura como parte.

Sin embargo, para que los jueces puedan aplicar el control de convencionalidad ex officio de acuerdo a nuestro Máximo Tribunal deberán realiza los siguientes pasos:

- “...a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley

acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y,
c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.”⁴¹

Los jueces de nuestro país están facultados para emitir pronunciamiento y preferir los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y los tratados internacionales, limitándolos de hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, (únicamente atañe a los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, hacer tal declaración), pues sólo podrán dejar de aplicar la norma, si consideran que es violatoria.

Ya que no todos los jueces pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad, así lo han señalado los ministros de la Suprema Corte de la Nación, “...en México tenemos un control concentrado o un control difuso, me parece que es... un error, nosotros tenemos un control sumamente extraño, nadie en el mundo tiene un control como el nuestro, ni es el europeo, ni es el norteamericano; tenemos partes concentradas por la naturaleza de las acciones: amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad, y parte difuso en términos del artículo 133...”⁴² Ello en atención a que la Constitución designa al Poder Judicial Federal como el competente, en forma exclusiva y excluyente, para conocer todos los casos en que se cuestione la constitucionalidad de las leyes.

2.9 EL PRINCIPIO PRO PERSONA.

Derivado de la reforma Constitucional de 11 de junio de 2011, se incorporó al artículo 1 en su párrafo segundo el principio pro persona o pro homine, se desprende del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, al estar

⁴¹. Tesis Aislada P.LXIX/2011 (9a). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Pleno. Libro III, Diciembre 2011, Tomo 1, p. 552. Registro Digital 160525

⁴² Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Celebrada el lunes 11 de Julio de 2011, pp. 31-32 Pleno Versiones taquigráficas

contemplado en disposiciones de algunos de estos y tiene dirección de otorgar mayor beneficio o protección al ser humano.

De acuerdo a la autora Gabriela Rodríguez “Este principio interpretativo implica que se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno.”⁴³

Este principio tiene como vertientes la preferencia interpretativa y la preferencia normativa.

Preferencia Interpretativa de acuerdo a la Suprema Corte señala que “...ante varias alternativas interpretativas, se opte por aquella que reconozca con mayor amplitud los derechos, o bien, que los restrinja en la menor medida. De esa manera, debe atenderse al principio de prevalencia de interpretación, conforme al cual, el intérprete no es libre de elegir, sino que debe seleccionarse la opción interpretativa que genere mayor o mejor protección a los derechos.”⁴⁴

Lo que implica que los derechos se deben interpretar de manera más favorable y amplia al individuo, para el goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades fundamentales, mientras que las restricciones a los derechos deben interpretarse de manera restrictiva.

Preferencia normativa nuestro máximo Tribunal ha sostenido que se debe de “...ponderar ante todo la fundamentalidad de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos,

⁴³ RODRIGUEZ, Gabriela, “Principio Pro Persona” en STEINER Christian y URIBE Patricia (coord.), Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, 1ª edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014 p. 711.

⁴⁴ Tesis XIX.1oJ/7 (10 a) Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo III, p. 2000. Registro Digital 2021124.

inversamente a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites para su ejercicio...”⁴⁵

Atendiendo lo anterior, ante la posibilidad de aplicar dos normas jurídicas, se tiene la obligación y se debe preferir la más protectora o que menos restrinja el ejercicio de los derechos humanos, sin importar la ubicación de jerarquía.

Dicho principio también lo contemplan los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4 apartado B numeral 3 de la Constitución de la Ciudad de México.

2.10 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Legalidad. “(Del latín *legalis*, prescrito por la ley o conforme a ella). Característica propia y necesaria del orden jurídico, de la que se deriva el principio que establece que la conducta de los hombres en sociedad —como particulares o como órganos del Estado— debe ser conforme lo prescriben las normas jurídicas.”⁴⁶

El principio de legalidad surge con la ilustración en el siglo XVIII y la Revolución Francesa, las primeras corrientes en favor de los derechos humanos tienen vigencia con la declaración de los Derechos del Hombre. Nace como una forma de protección de los individuos frente al poder absoluto y total del Estado, al respeto Claus Roxin señala “...un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal.”⁴⁷

Este principio evita el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder del Estado para castigar, al imponer obligaciones al poder legislativo que es el que crea la ley, como al poder judicial que es el que la aplica. Cesar Beccaria lo contempló al señalar “...las Leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda Sociedad unida por el contrato

⁴⁵ Tesis XVIII.3o.1 K (10 a). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p. 1838. Registro Digital 2000630.

⁴⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., T. VI p. 183.

⁴⁷ ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, trad. Diego Manuel Luzón Peña, et. al., 2ª ed., Madrid España, Civitas, 1999, T. I, p. 137.

social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad...”⁴⁸

La legalidad satisface al requerimiento de seguridad Jurídica y ese sentido la ley penal se limita a prever acciones posibles y futuras, que afecten a la sociedad y que no deben tolerarse, pero no puede inmiscuirse en acciones que no han sido jurídicamente conferidas para servir de fundamento a su intervención.

Sobre este particular señala Eugenio Raúl Zaffaroni “...La legalidad de un sistema penal siempre será una cuestión de grado en cuanto a la certeza de la punición de conductas, porque jamás la ley puede hacerla surgir en forma totalmente acabada, dado que su previsión siempre es abstracta y ello da lugar a un cierto margen de relativización en la concretización de la aplicación al caso *sub judice*. La abstracción es inherente a la previsión legislativa, de modo que por sí misma, no es violatoria al principio de legalidad...”⁴⁹

El principio de legalidad es conocido por el aforismo “*nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*”, no hay delito ni pena sin ley, dicho principio prevé salvaguardar la seguridad jurídica de las personas y se contempla en los artículos 1 y 2 del Código Penal para el Distrito Federal, artículo 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su párrafo tercero establece:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

De este párrafo analizaremos tres aspectos diversos en los que se sintetiza el principio de legalidad en materia penal: la reserva de ley; el principio de taxatividad y la prohibición de analogía.

⁴⁸ BECCARIA, Cesar, Tratado de los Delitos y de las Penas, Madrid, The Figueroa Institute, Programme: Legal History, Editorial Committee, 2015. Pág. 21.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires Argentina, Ediar, 1998. Tomo I, pp. 140-141.

RESERVA DE LEY

La reserva de ley la define Miguel Carbonell como "...la remisión que hace normalmente la Constitución, y de forma excepcional la ley, para que sea justamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico..."⁵⁰

Es así que la reserva de ley se constituye en el ámbito de la producción de la norma jurídica, que impone la Carta Magna de una sociedad, dirigida a quienes pueden regular determinada materia, por medio de la actividad legislativa y no delegando dicha potestad a una autoridad que no tenga esa atribución, y que de hacerlo iría en contra los preceptos y principios establecidos en el texto fundamental. Claro ejemplo de esa violación a la Reserva de Ley, lo constituye el delito Ataques a las Vías de Comunicación previsto en el artículo 171 fracción II, del Código Penal Federal al prever una conducta delictiva compuesta de dos circunstancias: manejar en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes vehículos de motor e infringir reglamentos de tránsito y circulación, debido a que "...remite a la mera infracción de dichos reglamentos para conocer e integrar uno de los elementos esenciales del tipo, lo cual tiene como efecto que el contenido de la ley penal pueda variar por la sola voluntad del Ejecutivo Federal, modificándola de facto a través de normativas administrativas y sin necesidad de acudir a los procesos legislativos ordinarios, lo que trastoca el ejercicio de la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en materia de delitos y faltas federales..."⁵¹

De lo anterior resulta innegable que las leyes penales las debe promulgar el poder legislativo, dado que la intrusión de normas administrativas como lo es un reglamento, complicaría una sumisión de las normas penales a normas de nivel menor, que evidentemente no realizaría un legislador.

⁵⁰ CARBONELL, Miguel, "El Principio de Legalidad en materia Penal", Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, No 34, Diciembre 2019, p. 5.

⁵¹. Tesis 1ª/J. 5/2008. Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación su gaceta. Novena Época Primera Sala. Tomo XXVII, Febrero de 2008, p. 129. Registro Digital 170393

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

El autor Miguel Carbonell refiere que la Taxatividad "...consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realice..."⁵²

En la taxatividad debe entenderse, que para que sea imputada la comisión de un hecho delictivo a determinada persona, deberán adecuarse los elementos descritos en la norma, la cual con claridad y exactitud deberá señalar, el comportamiento que no es el permitido y la sanción establecida para el mismo. Ya que de existir una ley indeterminada, imprecisa o poco clara, como lo refiere el autor Claus Roxin "...no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, por que no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir, además es contraria al principio de división de poderes, por que le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le requiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar las bases para un reproche de culpabilidad..."⁵³

Observando dicho principio es que las personas entenderán fácilmente y sabrán con precisión las consecuencias de una u otra conducta que la norma jurídica establece y así observarla, puesto que de lo contrario no se podría desplegar eficacia en la norma, por que las personas no podrían reconocer lo que se les prohíbe.

De acuerdo a Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, se debe contar con una técnica legislativa correcta, pero se "...debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación

⁵² CARBONELL, Miguel, Op. cit., p. 10.

⁵³ ROXIN, Claus, Op. Cit., p. 169.

segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad.”⁵⁴

Sin que ello implique que defina cada expresión o frase al redactar un tipo penal, pues hacerlo de acuerdo a la Suprema Corte “... tornaría imposible la función legislativa... en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella...”⁵⁵ Pues la taxatividad requiere que los preceptos que contienen normas penales describan, con suficiente precisión, las conductas que están prohibidas y las sanciones a imponer a quienes incurran en ellas.

Esa facultad que tiene el legislador para determinar qué conductas constituyen un delito, involucra el respetar en su integridad los derechos humanos, garantías y principios que la Constitución otorga y reconoce a favor de toda persona, debiendo por ende, evitar conceptos vagos, como el establecido en el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal que establece:

“Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó **las precauciones indispensables** para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.

Con lo que se deja abierta la posibilidad de que el sujeto que realice la conducta, el ministerio público la investigue y el juez la sancione, señalen desde su particular óptica, que entendieron por precauciones indispensables, y si fueron adoptadas o no. Por lo que la conducta delictiva debe estar claramente definida, a efecto de que permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables, resultando necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos, esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible.

⁵⁴ MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal Parte General, 8ª ed. Valencia España, Tirant Blanch Libros, 2010, p.106.

⁵⁵. Tesis 1a/J.54/2014 (10a). Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Primera Sala. Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 131. Registro Digital 2006867.

PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA

Claus Roxin define la analogía como "...trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)..."⁵⁶ La analogía es un medio que involucra la aplicación del contenido de una norma determinada de un caso en específico, a otro similar que no se encuentra previsto por la ley.

El autor Luis Jiménez de Asúa la divide en analogía legal y analogía jurídica, "La primera se obtiene acudiendo a otro precepto de la ley que regula el caso afín. La segunda surge cuando la regla para el caso omitido se deduce del espíritu y del sistema del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto."⁵⁷

El autor Gustavo Malo Camacho señala que también existe la analogía in malam partem y analogía bonam partem, a la primera la define como "...ese procedimiento analógico relacionado con la creación de tipos o de penas, en la cual está estrictamente prohibido en el ámbito de la ley penal. Esta forma de integración analógica, prácticamente de manera unánime, aparecen negada por las legislaciones penales del mundo, orientadas en línea del derecho penal liberal." A la analogía bonam partem la señala como "...objeto de aplicación en relación con las causas de justificación, sobre todo si se tiene en cuenta que las valoraciones que las mismas implican, aparecen recogidas en diversos ámbitos del orden jurídico. Guardan relación, en este sentido, con los principios humanidad y de la incólumidad de la persona como, también con el principio de la personalidad o intrascendencia física de la pena."⁵⁸

En ese sentido en la materia penal la aplicación de la analogía se encuentra prohibida, en atención a que cuando ley pretende castigar una conducta en concreto, la describe de manera clara y precisa en su texto, puntualizando que hechos pueden constituir un delito y cuál será la sanción si se acredita la comisión

⁵⁶ ROXIN, Claus, Op. cit., p. 140.

⁵⁷ JIMÉNEZ de Asúa Luis, Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito, 3ª ed., Sudamericana S.A. Argentina, 1979, p. 123.

⁵⁸ MALO Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 7a ed., México, Porrúa, 2021, pp. 182- 183.

del mismo. Por lo que el juez debe aplicar solamente las normas que el legislador expresamente haya considerado como debidas y aquellas que establezcan las sanciones para quien realice la conducta

Pero una interpretación analógica en beneficio del imputado por humanidad y que no sufra daños resulta lícita, como lo señala el autor Claus Roxin “En cambio la analogía Favorable al reo es también lícita sin la menor restricción en Derecho penal...”⁵⁹

2.11 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia, constituye ese derecho de toda persona que es acusada de un delito, a ser considerada y tratada como inocente, hasta que no se determine su culpabilidad. La inocencia era considerada como un principio del proceso penal por Cesar Beccaria, en su Tratado de los Delitos y de las Penas, en su capítulo XVI De la tortura, señala: “...no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”.⁶⁰

Dicho principio fue considerado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 9, que establecía:

Artículo 9.- “Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención.”

En México su antecedente se encuentra en la Constitución de Apatzingán de 1814, que en su artículo 30 señalaba:

Artículo 30.- Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1871 en su artículo 8 establecía:

Artículo 8.- “Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que se cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró.”

Sin embargo, no había un aceptación total de salvaguardar la presunción inocencia en un proceso criminal a *finales del siglo XIX, debido a que el autor German*

⁵⁹ ROXIN, Claus, Op. cit., p. 158.

⁶⁰ BECCARIA, Cesar, Op. cit., p. 39

Martínez Cisneros refiere “Garofalo sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la presunción de culpabilidad, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves...De igual manera, Enrico Ferri afirmaba que la presunción de inocencia en el proceso penal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos cometidos en flagrancia o los casos cuando existe una confesión del procesado, confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual, autor de una criminalidad atávica.”⁶¹

Así el principio de presunción de inocencia es retomado por el derecho Internacional, cuya finalidad es que se tenga acceso efectivo a la defensa de los acusados de algún delito, la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo considero en su artículo 11 apartado 1 establece:

Artículo 11.- “1.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), aprobada por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, contempla dicho principio en su artículo 8, Garantías Judiciales, en su numeral 2, que establece:

Artículo 8.- “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

Sin embargo, aun cuando fue publicada la referida Convención, ese derecho a la presunción de inocencia no figuraba en nuestra Constitución, ni el Código Penal, como tampoco en el Código de Procedimientos Penales Federales y del Distrito Federal, solamente en el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal publicado en el Diario Oficial el 24 de agosto de 1979 se contemplada ese derecho, pues su artículo 36 establecía:

⁶¹ MARTÍNEZ Cisneros, German, “La Presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, No 26, 2008, p. 234.

Artículo 36.- El régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la incapacidad o la inocencia de los internos.

El término de presuntamente responsable era utilizado de manera regular en resoluciones y actuaciones judiciales, no reconociéndose la presunción de inocencia a la persona procesada, lo que trató de modificar la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al determinar que la Constitución reconoce el principio de presunción de inocencia de manera implícita cuando se hace una interpretación armónica y sistemática de los preceptos constitucionales 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución “...los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado...”⁶²

Situación que no modificó el criterio que imperaba por parte de los Juzgadores y operadores de justicia, debido a que se aplicaba como regla general, el que las pruebas recabadas de manera inmediata posterior a los hechos, se les otorgaba mayor valor probatorio y si el ofendido, testigo o imputado se retractaba y no lo acreditaba, se otorgaba mayor valor probatorio a sus declaraciones iniciales, aun cuando el imputado rindiera una primera declaración bajo coacción, bajo el criterio de la inmediatez procesal al ser la declaración más cercana al evento ocurrido y que no tuvo el tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas.

La Presunción de inocencia, ahora ya se encuentra reconocida en nuestra Constitución en el artículo 20, apartado B, referente a los derechos de toda persona imputada, el cual en la fracción I señala lo siguiente:

“I.- A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de causa”.

⁶² Tesis P. XXXV/2002. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, agosto 2002 p. 14. Novena Época. Pleno. Registro Digital 186185.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 13 y 113, también lo consideran, con ello se reconoce finalmente el derecho a la presunción de inocencia en todas las etapas del procedimiento hasta en tanto no se emita una sentencia que declare la culpabilidad del imputado.

2.12 DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE (NO DECLARAR)

Derecho fundamental de toda persona a no declarar contra sí mismo, de los hechos que le pudieran imputar, sin embargo, no se puede señalar que a lo largo de la historia se haya considerado como un derecho de auto preservación del acusado frente a la aplicación de sanciones, por el contrario, existían prácticas de tortura para hacer declarar a las personas contra sí mismos y a declararse culpables.

En el año 1204 se crea el tribunal de la inquisición por el Papa Inocencio III, un grupo de eclesiásticos eran los encargados de buscar a personas que aparentemente se dedicaran a la brujería, o que representaran intereses opuestos a dios y al soberano, cuya finalidad elemental era encontrar la verdad real y material que pretendían, al margen de la forma en que se obtuvieran las pruebas, el proceso era dirigido por un juez instructor, quien acusaba, y se encargaba de allegarse de pruebas para buscar la verdad, obteniéndola mediante tortura en la mayoría de las veces para poder juzgar, basaba la sentencia en pruebas tasadas, donde el autor de la ley le daba la connotación de prueba plena e incuestionable a la confesión del acusado.

La prueba tasada surgió con el derecho canónico como limitante a la actividad que tenía el juez al haberle otorgado el control absoluto del acusado, que de acuerdo al autor Iván Aaron Zeferin Hernández, dicha prueba "...no permitía formar al juzgador un criterio propio, sino que lo automatiza al valor limitado y específico establecido en la ley. Con ello, si bien se buscó frenar la actividad jurisdiccional que indiscriminadamente se ejercía inicialmente y con ello proteger al acusado, con la prueba tasada se incentivó que la balanza del poder del Estado se inclinara

desfavorablemente en el mismo sentido que se provocaba evitar, esto es en perjuicio del acusado.”⁶³

Así en México como antecedente a la autoincriminación, tenemos a la Inquisición que fue instaurada en 1571 y tuvo vigencia hasta el año de 1820, una vez que se detenía la persona sospechosa no se le hacía saber la acusación, ni las personas que lo acusaban y menos aún evidencia de lo que se le imputaba, se limitaba a extraer confesiones.

En la evolución Constitucional que ha tenido México se han contemplado diversas garantías, entre ellas la prohibición de la tortura, con la intención de evitar arrancar declaraciones de las personas acusadas de algún delito y asegurar confesiones fidedignas, sin embargo, ello no se conseguía, claro ejemplo es la Constitución de 1812 (Cádiz) que en su artículo 303 establecía:

Artículo 303.- No se usará nunca del tormento ni de los apremios.

La Constitución de 1814 (Constitución de Apatzingán) en su artículo 22, refería:

Artículo 22.- “Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados.”

En tanto que la Constitución de 1824 en su artículo 149 establecía:

Artículo 149.- “Ninguna Autoridad aplicara clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso.”

Para el año de 1835 y 1836 se adopta en México un Gobierno Centralista y son redactadas Siete Leyes Constitucionales, que en su Quinta Ley en su artículo 49 establecía:

Artículo 49.- “Jamás podrá usarse del tormento para la averiguación de ningún género de delito.”

En el Año 1843 siendo Santa Anna Presidente Provisional, se emiten las bases de la Organización Política de la República Mexicana, que en su artículo 9 fracción X señalaba:

⁶³ZEFERIN Hernández, Iván Aarón, La Prueba Libre y Lógica Sistema Penal Acusatorio Mexicano, 1ª ed., México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, 2016, p. 115.

X.-“Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción, a la confesión del hecho por que se le juzga.”

En la Constitución de 1857 se establecen derechos del hombre, al señalar en su artículo 1, que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones. Y en su artículo 20 estableció las garantías de las cuales gozaba el acusado en el juicio criminal, siendo una de ellas el derecho a declarar establecido en la fracción II, en cual refería:

Artículo 20.-...

II.-“Que le tomen la declaración preparatoria dentro del término de cuarenta y ocho horas, contadas desde que es puesto a disposición del juez.”

Es hasta la Constitución de 1917 que de manera precisa se establece ese derecho a no declarar, el artículo 20 establecía:

Artículo 20.-“No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.”

Tiempo después fue celebrada la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en su artículo 8, Garantías Judiciales, en su numeral 2, inciso g) establece:

Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Convención que fue aprobada el 18 de diciembre de 1980, sin embargo, el Estado Mexicano hasta el 27 de mayo de 1986 publicó en el Diario Oficial, la Ley Federal para prevenir y Sancionar la Tortura, pretendiendo que confesiones obtenidas bajo tortura carecieran de valor probatorio, pero, no era así, debido a que existía un criterio rector de los tribunales del fuero común y federales, el disimular para obtener una convalidación de esa confesión, bajo argumentos burdos como *el* que señala la Suprema Corte: “si el quejoso al rendir su declaración preparatoria, se retracta de la versión que dio ante la Policía Judicial, aduciendo que fue objeto de violencia por parte de sus captores, independientemente de que haya acreditado dicha coacción o no, y de autos aparece que ante el Departamento de Averiguaciones Previas rindió su declaración ratificando su inicial versión, y no

alega respecto de la segunda, que ésta le haya sido arrancada mediante la violencia, los vicios posibles de su inicial versión se convalidaron...”⁶⁴

Como se advierte el criterio de la Suprema Corte se encontraba alejado de preservar la integridad física del acusado y ese derecho a no autoincriminarse, bajo tortura, ya que era tomada como prueba medular su confesión.

La Reforma Constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993 al artículo 20 en su fracción II estableció:

Artículo 20.-...

II. “No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio”

Como se puede observar en dicha reforma el legislador pretendía corregir errores y abusos, más sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación seguía en la postura de alentar a la policía a ejercer la tortura y por lo tanto a no respetar la garantía de nombrar un defensor, al considerar “...si una confesión es obtenida mediante golpes, y ésta se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía se deberá poner en libertad a un responsable que confesó plenamente...”⁶⁵

En 18 de junio de 2008, se reforma el artículo 20 Constitucional. Los derechos de la persona imputada se contemplan en el apartado B y el derecho a declarar o no, se contempló en su fracción II, al señalar:

Artículo 20.- ...

B De los derechos de toda persona imputada:

“A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda

⁶⁴ Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Volumen 217-228, Sexta Parte, p.166. Registro Digital 246695.

⁶⁵ Tesis VI.2º.J/346. Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. núm. 85, enero 1995 p. 85. Registro Digital 209400.

incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio”.

2.13 LA TRANSFORMACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La Constitución de 1857 en su artículo 18, consideraba sólo a la prisión, como forma de restringir la libertad únicamente por delito que mereciera pena corporal, pues que en cualquier estado del proceso que apareciera que al acusado no se le podía imponer pena, se le pondría en libertad bajo fianza.

Se pensaría que efectivamente se cumplía dicho precepto, situación un tanto alejada de la realidad, como que precisamente en la exposición de motivos de la Constitución de 1917, se expone que si bien la anterior Constitución se establecía a los derechos individuales como base de las instituciones sociales, se habían venido violado de manera constante, al no existir leyes secundarias que llegaran a castigar esas violaciones, pues la libertad individual quedaba a favor de los gobernantes, habiendo incomunicaciones severas que se prolongaban hasta por meses, a veces para castigar a presuntos reos políticos y otras para atemorizar a los perjudicados sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas.

Si bien se concedía la libertad bajo fianza al acusado, la misma quedaba al arbitrio de los Jueces, quienes la podían negar solo por decir que tenían el temor de que el acusado se fugara y se sustrajera a la acción de la justicia. Pretendiendo en la referida exposición, dar un giro al exponer lo siguiente: “... lo primero que debe hacer la Constitución Política de un pueblo es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana para evitar que el Gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivados que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso integro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la voluntad omnipotente...”⁶⁶

⁶⁶ Diario de los Debates del Congreso Constituyente. Exposición de Motivos de la Constitución Política de 1917. 01 de Diciembre de 1916. Tomo I, número 12, p. 262.

Se buscó consagrar la libertad, mediante el reconocimiento de garantías individuales de los derechos civiles y políticos, establecidas en la anterior Constitución y otorgando nuevos derechos y libertades. Por tanto, la prisión preventiva no fue creada con el carácter de sanción ante un acto ilícito, sino solo como una medida de custodia de la persona que iba a ser procesado hasta que obtuviera una sentencia, es así que la Constitución de 1917 en su artículo 18, considero como prisión preventiva solo para el delito que mereciera pena corporal.

El artículo 20 establecía que el acusado inmediatamente que lo solicitará sería puesto en libertad bajo fianza, hasta de diez mil pesos, siempre que el delito no mereciera ser castigado con una pena mayor de cinco años.

En fecha 2 de Diciembre de 1948 en el Diario Oficial, se publicó se reforma y adiciona la fracción I al artículo 20 Constitucional y determinó que la medida cautelar de la prisión preventiva procedería, para delitos cuya pena de prisión en su término medio aritmético no fuera superior a cinco años con una fianza o caución no mayor a \$250.000.00, salvo que se tratara de un delito que representará para el autor un beneficio económico o causara a la víctima un daño patrimonial, de ahí que en esos casos sería cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o daño ocasionado.

Cabe aclarar que el término medio aritmético resulta ser el cociente, al sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito que se trate y dividirlo entre dos.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, se reformó el artículo 20 Constitucional y se consideró que el acusado para que fuera puesto en libertad provisional bajo caución, al delito que se le imputara debían incluir sus modalidades o agravantes y que mereciera ser sancionado con pena, cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años.

Mediante decreto publicado el 3 de septiembre de 1993, se reformó el artículo 20 Constitucional y para que el acusado pudiera gozar de la libertad provisional bajo caución, previamente debía garantizar el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que pudieran llegara a imponerse, pero varió la fórmula

de la media aritmética, debido a que se distinguió entre delitos graves y no graves, procediendo la medida cautelar sólo en delitos no graves.

En fecha 3 de julio de 1996 en el Diario Oficial de la Federación se publicaron reformas al artículo 20 Constitucional, en la que se establecen dos supuestos en los que se podría negar la libertad provisional, a solicitud del ministerio público, 1.- cuando el acusado hubiera sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave y 2.- cuando dicha representación social aportará elementos de prueba, para establecer que por su conducta, circunstancias y características del delito representará un riesgo para el ofendido y la sociedad.

La reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, modificó el artículo 19 Constitucional y observó la prisión preventiva como una excepción, cuando otras medidas cautelares no fueran suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, exista peligro para los testigos, y la comunidad o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado. Si no eran suficientes tendría que solicitar el ministerio público al juez (prisión preventiva justificada). Y se estableció como facultad del juez para ordenar la prisión preventiva oficiosa en determinados delitos que se precisan en dicho artículo.

Sin embargo, en el año 2019 el Congreso reformó el artículo 19 Constitucional, agregando nuevos delitos, así como considerando delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Conocer la evolución de los derechos humanos a través del tiempo, resulta trascendental para el presente trabajo pues se advierte la progresividad de los mismos y la aplicación interna en el Derecho Mexicano, así como en el Derecho Internacional, pues si bien es cierto que México fue pionero en su observancia en las Constituciones de 1857 y 1917 no siempre se aplicaba, siendo el juicio de amparo quien los salvaguardaba, de ahí que fue retomado por organismos

internacionales como recurso fácil y sencillo al cual el ciudadano, pudiera acceder y se le restituyera en el goce de esos derechos que fueron privados. Recientemente se intentó protegerlos con Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Sin embargo también a nivel internacional se ha concebido resguardar a los derechos humanos a través de tratados de los que México ha formado parte, surgiendo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera encargada de promover la observancia y defensa de los derechos humanos e intervenir como órgano consultivo y la segunda que tiene como propósito que se interprete y aplique la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados, actuando como una institución judicial autónoma, quien está emitiendo lineamientos que debe observar el Estado Mexicano para salvaguardar los derechos humanos como lo es el principio pro persona y el control de convencionalidad ex officio, atendiendo al artículo 133 Constitucional que establece que serán los jueces estatales, los que resolverán, arreglarán o compondrán con apego a la Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas lo que se retomara y desarrollará en el capítulo IV de la presente tesis.

Ahora bien, tratando México de respetar los derechos humanos con la reforma Constitucional de 2008 y 2011 se implementó el Sistema Procesal Acusatorio y se reconoció en la Constitución los tratados internacionales sobre los derechos humanos, sustituyéndose la palabra garantía por derechos humanos, luego entonces pasaron a ser derechos humanos, el derecho de inocencia, de igualdad, de libertad, el no declarar, el gozar de una defensa adecuada, el derecho a la prueba, entre otros más.

Aunado a lo anterior el delito de encubrimiento por receptación es violentado por la manera en que fue conformado, considerando los elementos que contiene como una forma de solución inmediata para contener la delincuencia, sin embargo, el mismo ya no es acorde a la reforma implementada, pues se deben adecuar las normas que violenten los derechos humanos del individuo, con la finalidad de que se salvaguarden los mismos.

CAPÍTULO 3

EL DELITO Y SU ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN.

3.1 CONCEPTO DERECHO PENAL

El derecho surge como una forma de dirigir una sociedad, encaminada hacia un fin común, la paz social, el autor Franz Von Liszt refiere que el derecho "...es la ordenación de la sociedad organizada en Estado; se manifiesta en un sistema de normas coercitivas que ligan a los particulares como a la comunidad y que garantizan la consecución de los fines comunes."⁶⁷ Tiene como fin la defensa de los intereses de la vida humana.

La norma regula las conductas humanas en relación con la convivencia, de acuerdo a Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran "La norma jurídico-penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista."⁶⁸ Presupone las posibilidades de la vida del sujeto ante las cuales puede realizar diferentes formas de comportamiento, si realiza uno no permitido tendrá un castigo previamente establecido

La denominación de derecho penal es una expresión utilizada a principio del siglo XIX en sustitución de derecho criminal, que sugería el crimen y resultaba limitado debido a que también concernía a la víctima.

De acuerdo al autor Enrique Díaz Aranda en su concepción se parte de dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo, el primero es "...sinónimo del "derecho a penar" que tiene el Estado el cual es más conocido por su denominación latina: *ius puniendi*, y se puede definir como la facultad del Estado para prohibir las conductas

⁶⁷ VON Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, trad. Quintiliano Saldaña, 18 ed., Madrid España, Hijos de Reus Editores, 1915, Tomo II, pp. 1-2

⁶⁸ MUÑOZ Conde Francisco y García Arán Mercedes, Op. cit., p.34.

consideradas como delitos e imponer las sanciones penales a quienes las realizan.”⁶⁹

El derecho penal se compone de acuerdo al autor Claus Roxin “...de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección.”

⁷⁰ Pero también considera que su función del derecho penal es la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, al que “...solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución al problema... denomina a la pena como la “última ratio de la política social... ”⁷¹

El derecho penal objetivo, surge en el momento en que el Estado ejerce su facultad de emitir normas penales, al respecto Enrique Díaz Aranda lo define como “...el sistema de normas contenidas en las leyes emitidas por el Estado para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas prohibidas y establecer los requisitos para sancionarlas como delitos con penas o como injustos con medidas.”⁷²

El autor Fernando Castellanos Tena, lo define como “... la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social”.⁷³

El Derecho Penal se divide en dos partes, una general y otra especial, la primera comprende el estudio de la teoría de la ley, la teoría del delito, la teoría del delincuente y la teoría de las penas y medidas de seguridad. La parte especial se ocupa del estudio de los delitos y las penas o medidas de seguridad que se determinan para dichos delitos.

⁶⁹ DÍAZ Aranda, Enrique, Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia en México, 1 ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014 p. 3.

⁷⁰ ROXIN, Claus, Op. cit., página 41.

⁷¹ Ibídem, p. 65.

⁷² DÍAZ Aranda, Enrique, “Lecciones de Derecho...” cit., p. 4.

⁷³ CASTELLANOS Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 33a ed., México, Porrúa, 1993, p. 19.

3.2 CONCEPTO DE DELITO.

Delito proviene del verbo latino delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero de la ley.

El delito puede ser considerado desde distintos puntos de vista, de acuerdo al autor Ricardo Nuñez "Se lo puede explicar y definir biológica y sociológicamente, según lo hicieron, respectivamente, Lombroso y Ferri. Este punto de vista condujo a Garófalo a su concepción del "delito natural".⁷⁴ De manera formal, se explica en un hecho previsto y penado por la ley. De forma doctrinaria, su concepción obedecía a una doctrina pura del delito, derivada de los principios de la suprema ley natural-jurídica. Y de forma dogmática que se caracteriza porque enuncia las condiciones que caracterizan jurídicamente al delito.

El concepto de delito se ha venido transformando a lo largo de la historia en la medida que se ha estudiado de acuerdo a sus respectivas posiciones, por lo que cada autor muestra el fin y objeto perseguido que se ve reflejado en un periodo determinado.

De acuerdo al autor Franz Von Liszt el delito es un acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena. El cual presenta las siguientes características esenciales: "a) El delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación (Verhalten) voluntaria trascendente al mundo exterior, es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito, los acontecimientos fortuitos, independientes a la voluntad humana. b) El delito es, además, un acto contrario al derecho, es decir, un acto, que contraviniendo formalmente, aún mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico. c) El delito es, por último, un acto culpable; es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable."⁷⁵

⁷⁴ NUÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal Parte General, 4ª ed., Córdoba Argentina, Marcos Lerner Editora, 1999, p. 103.

⁷⁵ VON Liszt, Franz, Op. Cit., T. II, p. 252.

Para el autor Edmundo Mezger el delito es “acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena.”⁷⁶ En las definiciones dogmáticas se impuso como principio que giraran en torno a los conceptos de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, ese enfoque científico del que emergen, determina el ordenamiento y contenido de esos conceptos.

El Código Penal Federal en su artículo 7 define al delito como acto u omisión que sancionan las leyes penales. En tanto que el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 4 lo hace de manera indirecta al señalar:

Artículo 4.- “Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.”

Los delitos emanan de actos u omisiones que afecten los bienes o derechos de las personas y el propósito es proteger esos ataques al establecer sanciones. Sin embargo, para que una conducta que se encuentre establecida en una ley como delito, requerirá de la teoría del delito para determinar si la conducta atribuida constituye o no un delito.

3.3 FORMAS DE SURGIMIENTO DEL DELITO.

La forma del surgimiento del delito es conocida como iter criminis o camino del delito, y deriva de dos fases. La interna y la externa. La primera se presenta con la idea del autor y la segunda consiste en la realización de lo concebido.

Dentro de la fase interna de acuerdo al autor Gustavo Malo Camacho,⁷⁷ se presentan tres etapas:

- a) Concepción o ideación. Surge con la idea criminosa en la mente del individuo.

- b) Deliberación. Se manifiesta en la coyuntura del encuentro entre la voluntad del individuo y los obstáculos que a nivel de psique plantean los restrictores sociales.

⁷⁶ MEZGER, Edmundo, Derecho Penal, trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, p. 82.

⁷⁷ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., 2021, pp. 470–471.

c) Decisión o Resolución. Se presenta cuando la persona ha tomado su decisión y ha resuelto su voluntad en un cierto sentido.

En la Fase externa se presentan también tres etapas:

a) Resolución manifiesta. Es un primer momento de la exteriorización de la voluntad.

b) Actos preparatorios. Aquéllos a través de los cuales el sujeto prepara lo necesario para alcanzar el éxito en el objetivo de su conducta.

c) Actos Ejecutivos. Aquéllos a través de los cuales el agente inicia la ejecución del delito. Derivado de los actos ejecutivos se presenta:

La Consumación. Se da cuando el delincuente determino ejecutar su voluntad, realizando una lesión jurídica y perfeccionándose objetivamente el delito al cumplirse las exigencias del tipo penal.

El Agotamiento. Consiste en la obtención por el autor del delito de los objetivos perseguidos con su conducta.

La Tentativa acabada. Se presenta cuando el sujeto ha realizado todas las acciones encaminadas a la consumación del delito pero por causas ajenas a su voluntad no se produce.

La Tentativa inacabada. Surge cuando el sujeto no lleva a cabo todos los actos indispensables para la consumación del delito.

3.4 CLASIFICACIÓN DEL DELITO

De acuerdo al autor Eduardo López Betancourt el delito se clasifica de la siguiente manera:

“A) En función de su gravedad:

1. Bipartita. Delitos y faltas; son delitos los sancionados por la autoridad judicial, y las faltas son sancionadas por la autoridad administrativa.
2. Tripartita. Delitos Faltas y crímenes; esta clasificación no funciona en nuestro sistema penal

B) Según la conducta del agente:

1. Acción. Son aquellos en que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el ilícito.
2. Omisión. Son aquellos que requieren la inactividad del sujeto, es decir que deje de hacer lo que está obligado.
 - a) Omisión simple. La simple inactividad origina la comisión del delito independientemente del resultado; se viola una ley preceptiva.
 - b) Comisión por omisión. Necesariamente, como consecuencia debe haber un resultado.

C) Por el resultado:

1. Formales. Aquellos que para configurarse no requieren de ningún resultado, esto es, de ninguna materialización.
2. Materiales. Requieren de un resultado, de un hecho cierto.

D) Por el daño que causan:

1. De lesión. Causan una disminución del bien jurídicamente tutelado.
2. De peligro. Sólo ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado.

E) Por su duración:

1. Instantáneos. Cuando se consuman en un solo movimiento y en ese momento se perfeccionan.
2. Permanentes. Cuando su efecto negativo se prolonga a través del tiempo.
3. Continuados. Cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola lesión jurídica; varios actos y una sola lesión.

F) Por el elemento interno o culpabilidad:

1. Culposos. Cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza.

2. Doloso. Cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer su delito.

G) Por su estructura:

1. Simples. Cuando sólo causan una lesión jurídica.
2. Complejos. Cuando causan dos o más lesiones jurídicas.

H) Por el número de actos:

1. Unisubsistentes. Cuando es suficiente un solo acto para cometer un delito.
2. Plurisubsistentes, necesariamente requieren la concurrencia de dos o más actos en la realización del ilícito.

I) Por el número de sujetos:

1. Unisubjetivos. Cuando el tipo se colma con la participación de un solo sujeto.
2. Plurisubjetivos. Cuando el tipo penal requiere de dos o más sujetos.

J) Por su forma de persecución:

1. De oficio. Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede efectuar, y el ministerio público, tiene la obligación de perseguir el delito.
2. De querrela. A petición de parte ofendida determina si quiere, una acción en contra de su agresor.

K) En función de su materia:

1. Comunes. Son los delitos que se aplican en una determinada circunscripción territorial.
2. Federales. Son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán únicamente los jueces federales.
3. Militares. En esta división nos referimos al fuero militar, el cual es sólo aplicable en los órganos militares.

L) Clasificación legal: Esta clasificación es la que aparece en la ley. Los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado..."⁷⁸

⁷⁸ LOPEZ Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, 19a ed., México, Porrúa, 2015, pp. 289-292.

Atendiendo a la clasificación el encubrimiento por receptación, por su gravedad, es bipartita, al ser un delito sancionado por la autoridad Judicial; atendiendo a la conducta del agente resulta ser de acción, aunque el establecido en el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal además de la acción de encuentra inmersa también una omisión para poder acreditarse el delito; por el resultado tiene un efecto material al causar un daño en el patrimonio de las personas; por el daño que causan resulta de peligro, dado que pone en riesgo el bien jurídico; por su duración resulta instantáneo y puede ser permanente si se prolonga en el tiempo; por el elemento interno de la culpabilidad resulta para los artículos 243 y 244 del citado código, dolosos al tener el sujeto conocimiento y voluntad de su realización.

Por la negligencia del sujeto al no adoptar las precauciones indispensables para cerciorarse de la procedencia de los instrumentos, objetos o productos o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ellos; por su estructura resulta simple al causar una lesión jurídica; por el número de actos resulta ser unisubsistente el artículo 243, del referido código, con un solo acto se comete el delito, sin embargo, resulta ser plurisubsistente el artículo 244 del código precisado, dado que requiere una acción de sujeto, al recibir bajo cualquier de los supuestos que es establece dicho precepto, los instrumentos, objetos o productos y luego omitir adoptar las precauciones indispensables para cerciorarse de la procedencia de los mismos.

Por el número de sujetos resulta ser unisubjetivo, debido a que no se requiere la intervención de un número específico de sujeto; por su forma de persecución resulta de oficio, en función de la materia es del fuero común y en cuanto a su clasificación legal atendiendo al bien jurídico tutelado, pertenece al Título Décimo Quinto "Delitos contra el Patrimonio", Capítulo IX Encubrimiento por Receptación, establecido en el Código Penal para el Distrito Federal.

3.5 CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL DELITO

Los peldaños o escalones de la estructura del delito se desarrollaron por la ciencia durante décadas derivado de un proceso de discusión, de acuerdo a Claus Roxin "...aparece el concepto de acción por primera vez en el manual de Albert Friedrich

(1857)...reconocimiento de una antijuricidad objetiva e independiente de la culpabilidad la formula...Rudolp von Jhering...(1867)...el concepto de tipo lo crea Ernest Beling en el año 1906...Para el desarrollo de la culpabilidad tuvo especial importancia Reinhard Frank...(1907). La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz v. Liszt y Ernst Beling, de Max Ernest Mayer y Edmund Mezger, así como Hans Welzel..."⁷⁹ Y el propio Claus Roxin, así como Gunter Jakobs.

La teoría del delito, para el autor Gustavo Malo Camacho "...permite el establecimiento de un orden lógico para averiguar y afirmar la existencia o ausencia del delito, de la responsabilidad del autor y de la punibilidad, y es congruente con ese camino metodológico denominado "dogmática jurídica penal"⁸⁰

Como características de la teoría del delito se señalan las siguientes:

Su objeto es "...establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado."⁸¹

Se encuentra sustentada en un procedimiento científico aprobado, de cómo los órganos jurisdiccionales en materia penal deben fundamentar sus resoluciones.

Se configura como un sistema de análisis de distintos niveles, para ir rechazando las causas que imposibilitarían la aplicación de una pena y teniendo certeza si se dan las que condicionan esa aplicación.

Se organiza en "...un sistema de conceptos, es decir, que las relaciones entre unos y otros conceptos responden a unas ideas generales ordenadoras."⁸²

⁷⁹ ROXIN, Claus, Op. cit., pp. 196-197.

⁸⁰ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., p. 241.

⁸¹ BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, 3ª reimpresión, Colombia, Temis, 1996, p. 67.

⁸² Ibídem, p. 68.

Presenta cualidades prácticas en las respuestas al problema expuesto en el marco de sus teorías de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc. y esa practicidad implica que se puedan comprobar con las reglas del derecho procesal penal.

Tiene como cualidad funcional la posibilidad de establecer diferencias conceptuales lógicas en los diversos elementos que integran el delito, sin que ese fundamento resulte idóneo para aceptar una teoría; se requiere integrar argumentos razonados de su racionalidad político criminal.

Ante ese proceso metodológico que se sigue para determinar si se configura o no la existencia de un delito, al valorar cada uno de los elementos, tanto positivos como negativos que lo integran, se recurre a la dogmática, que resulta ser el estudio del dogma.

Existen cuatro sistemas de la Teoría del Delito que fueron desarrollados en Alemania, "...comenzó con el llamado sistema clásico, más conocido como casualismo, sustentado por Franz Von Liszt y Ernst Beling (1886-1920) aproximadamente), el segundo fue el neoclásico desarrollado por Edmund Mezger (1920-1940), el tercero fue el sistema finalista elaborado por Hans Welzel (1940-1970) y actualmente el funcionalismo político criminal de Claus Roxin, así como el funcionalismo normativista de Gunter Jakobs."⁸³

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA CLÁSICO O CAUSALISTA.

Se sustentó en un contexto cultural de naturalismo positivo, al concebir a la acción como causa del resultado.

El análisis de la conducta consistía fundamentalmente en establecer la relación causal entre el movimiento corporal voluntario y el resultado de una modificación del mundo exterior.

⁸³ DIAZ Aranda Enrique, "Lecciones de Derecho..." cit., p. 45.

Surge la distinción en el delito entre la fase interna (ideación, deliberación y resolución), y fase externa (exteriorización, preparación y ejecución).

Un resultado previsto en la ley, únicamente era aplicable a la conducta cuando se podía demostrar el nexo causal científicamente.

Se sustentó el análisis de la conducta en la teoría causal denominada teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual no distingue entre las condiciones, por el contrario las considera a todas del mismo valor o equivalentes en la producción del daño.

El tipo se conformaba únicamente con el tipo objetivo, este último se conformaba por todos los elementos perceptibles a través de los sentidos.

Se "...analizó de manera sistemática el delito tomando como base la distinción entre hecho injusto y culpabilidad. El injusto se conformaba exclusivamente de caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad."⁸⁴

Por cuanto al análisis subjetivo del delito, el dolo se trató en la culpabilidad.

El estudio de los supuestos de tentativa era incongruente al no causar ningún resultado. De igual forma no se podían explicar los delitos de omisión, atendiendo a que no existía nexo causal entre la acción y el resultado.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA NEOCLÁSICO O CAUSALISTA NEOKANTIANA.

Se apoyó por la filosofía Neokantiana cuyo eje de análisis recaía en la comprensión del significado valorativo de los conceptos jurídicos.

Al concepto de la acción se introdujo el elemento humano de la voluntad.

⁸⁴ DIAZ Aranda Enrique, (Ed), Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, 1ª ed. México, UNAM, 2002 p. 17.

Se reestructuró el concepto de delito al reconocer que el hecho ilícito no podía explicarse en todos los casos únicamente por elementos objetivos.

Además de analizarse el tipo objetivo (conformado por todos los elementos perceptibles a través de los sentidos), "... se adicionaron los elementos normativos en el sistema neoclásico (aquellos que requieren de una valoración normativa), enseguida se procedía al análisis de la antijuricidad, y una vez constatada la ausencia de causas de justificación, se proseguía con el examen de la culpabilidad en particular del dolo."⁸⁵

En los elementos normativos su valoración es necesaria antes de la antijuricidad, es decir su análisis se realiza en el tipo.

Se sustentó el análisis de la conducta en la teoría de la causalidad adecuada, está pretendía establecer la distinción entre causa y condición, basándose en un juicio de probabilidad para localizar la causa del daño.

Se realiza el descubrimiento de los elementos subjetivos distintos al dolo, los cuales dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo.

Desde esa fecha hasta ahora se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA FINALISTA.

Una característica trascendental, es la atención en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión al bien jurídico tutelado. Por lo que la acción es considerada invariablemente con un propósito determinado de conducirse conscientemente, en función de un resultado propuesto voluntariamente.

El análisis del tipo no solo consistía en el examen del tipo objetivo, sino también el tipo subjetivo (dolo o culpa).

⁸⁵ *Ibíd*em, p. 21.

"Con la inclusión del dolo en el tipo penal... permitió un mejor análisis para los supuestos de tentativa, pues desde el examen de la conducta que no había producido la lesión del bien jurídico tutelado, pero si lo había puesto en peligro con la intención del autor de lesionarlo, se podía sustentar el delito doloso de acción en grado de tentativa."⁸⁶

Analiza conjuntamente los elementos objetivos del tipo y atendió al tipo subjetivo para sustentar el dolo del activo y una vez sustentada la tipicidad de la conducta dolosa en grado de tentativa, continuar con el análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

En este sistema el análisis del delito comienza con el tipo objetivo (elementos objetivos y normativos) y el tipo subjetivo (dolo o culpa) continuando con la antijuridicidad y, por último, la culpabilidad.

Por lo que de manera concreta el análisis del dolo se realizaba en el tipo, para posteriormente analizar la antijuridicidad y la culpabilidad.

Se realiza la distinción entre error del tipo y el error de prohibición.

Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA FUNCIONALISTA POLÍTICO CRIMINAL.

Se pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el criterio de la función político criminal, con la finalidad de complementarlas y perfeccionarlas.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 19.

De acuerdo a Claus Roxin "...se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena."⁸⁷

Se puede atribuir el resultado a una conducta, sin probar de manera total la causalidad con la nueva teoría de la imputación al tipo objetivo.

El tipo necesita del tipo objetivo delimitado con criterios de imputación al tipo subjetivo.

La teoría de la imputación objetiva no sustituía a la causalidad, sino únicamente complementa para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo.

Otra innovación refiere Claus Roxin lo "...constituye la ampliación de la "culpabilidad" a la categoría de "responsabilidad", en cuanto a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial general) de la sanción penal...de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena."⁸⁸

Se puede excluir la imputación de un resultado cuando la acción se ha realizado conforme a lo establecido en la norma y entra dentro del riesgo permitido entendiendo a éste, de acuerdo a Roxin cuando "... una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo."^{89 *}

Se adoptó perspectivas de la sociología sistémica norteamericana de Talcott Parson y Robert Merton, ambos exponentes del funcionalismo estructural.

⁸⁷ ROXIN, Claus, Op. Cit., p. 141.

⁸⁸ *Ibíd*em, p. 204.

⁸⁹ *Ibíd*em p. 371.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA FUNCIONALISTA NORMATIVISTA.

Se realiza una radicalización profunda respecto a la tendencia constructiva funcional sistémica, al respecto señala Eugenio Raúl Zaffaroni "...afirmar que ningún concepto jurídico-penal -y no sólo la acción y la culpabilidad- está vinculado a datos prejurídicos, sino que todos se construyen en función de la tarea del derecho penal."^{90 *}

Se considera al derecho como garante de la identidad normativa tendencia constructiva funcional sistémica.

Formula la dogmática jurídico penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann.

Señala Claus Roxin que para Jakobs "...La peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena....la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la "adscribe" conforme al criterio de lo necesario para el "ejercitamiento en la fidelidad del derecho", sin tomar en consideración las capacidades del autor."⁹¹

Propone de acuerdo a Eugenio Raúl Zaffaroni "...una radical normativización de toda la dogmática: Estableciéndose los objetos de la dogmática por la tarea del derecho penal y no por su esencia (o su estructura), esto conduce a una normativización o renormativización de los conceptos."^{92 *}

Se formula un método que tiene por objeto una exposición ordenada y coherente (sistemática) del delito a raíz de las funciones que le asigna la pena (prevención

⁹⁰ ZAFFARONI Eugenio, Raúl, et al., Derecho Penal Parte General, 2a ed., Buenos Aires Argentina, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 384.

⁹¹ ROXIN, Claus, Op. cit., p. 205.

⁹² ZAFFARONI Eugenio, Raúl, "Derecho Penal Parte..." cit., p. 384.

general positiva) en el ámbito de conceptos sistémicos de la sociedad, y se retoma en el plano metodológico al idealismo neokantiano.

3.6 ELEMENTOS DEL DELITO.

El estudio del delito se basa en dos sistemas: la unitaria o totalizadora que estudia al delito como un bloque monolítico inadmisibles de dividir en elementos, por integrar un todo orgánico. Y la atomizadora o analítica la cual examina al delito a través de sus elementos que lo constituyen, sin negar su unidad y la cercana relación existente entre ellos, estimándose necesario su análisis mediante su segmentación.

Para el estudio del delito se atiende a los elementos que lo integran, mediante esa segmentación, sin embargo, no existe en la doctrina uniformidad de criterios de acuerdo al autor Fernando Castellanos Tena, que señala, “ mientras unos especialistas señalan un número, otros los configuran con más elementos; surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc.⁹³ En la concepción tritómica y como elementos del delito en su aspectos positivos y a los que opone sus aspectos negativos, son los siguientes:

POSITIVOS	NEGATIVOS
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de justificación
Culpabilidad	Inculpabilidad

3.7 EL ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN ANTE LA DOCTRINA

Las posiciones a considerar respecto al Encubrimiento, ubicándolo por un lado como una especie de participación en el delito y por otro como un delito autónomo ha llevado a los autores a determinar lo siguiente:

⁹³ CASTELLANOS Tena, Fernando, “Lineamientos Elementales ...”, cit., p. 129.

De acuerdo al autor Francisco Pavón Vasconcelos “la doctrina española acogió, primeramente, con Lardizabal y después con expositores como Gutiérrez y Groizard, el criterio de considerar al *encubrimiento* como una especie de *participación* en el delito, al afirmarse que de cierta forma el *encubridor* es un *cómplice*, ya porque *encubre* el delito o bien porque entre el delito y su encubrimiento existe una indiscutible *conexión* que impide separarlos, lo cual justifica que el segundo (encubrimiento) *forme parte* del hecho delictivo.”⁹⁴

Para Franz Von Liszt el Encubrimiento “es un modelo de participación en el delito, no un delito especial.”⁹⁵ y considera que para la definición del encubrimiento el problema, “no es el de si el encubridor tuvo conocimiento histórico posterior del delito (condición mínima, activa) sino el de si tuvo conocimiento personal anterior con el autor.”⁹⁶

Para Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá Rivas, el Encubrimiento consiste en la realización de una acción posterior a la ejecución del delito, y en favor del delincuente, sin acuerdo previo a la ejecución del delito mismo”⁹⁷

Encubrir de acuerdo a Eduardo López Betancourt “es cuando se oculta a los culpables del delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo, con el fin de eludir la acción de la justicia. También se manifiesta el encubrimiento cuando una persona auxilia al agente para aprovecharse de los efectos del delito o ventajas, o el mismo encubridor busca disfrutar de dichos beneficios.”⁹⁸

De acuerdo al diccionario Jurídico Mexicano, “Receptación. I. (De receptor y éste, a su vez, del latín *receptare*.) La receptación es una especie del género del Encubrimiento, y una especie con características bien definidas. Su sustancialidad

⁹⁴ PAVÓN Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 17ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 642.

⁹⁵ VON Liszt Franz, Op. cit., T. III p. 133.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 113.

⁹⁷ CARRANCÁ Y Trujillo Raúl, CARRANCÁ y Rivas Raúl, Derecho Penal Mexicano, 22ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 748

⁹⁸ LOPEZ Betancourt, Eduardo, Op. cit., .p. 44.

reside en el aprovechamiento de los efectos de la comisión de un delito, referido a delitos contra el patrimonio de las personas.”⁹⁹

Para el autor Ernst Von Beling “la receptación o encubrimiento real (Schhehlerei Partiererei) típicamente requiere que alguien oculte, compre, tome en prenda o de otro modo o intervenga para que otro tome cosas logradas por medio de una acción punible” ¹⁰⁰

Por lo que el delito encubrimiento por receptación implica una conducta posterior del sujeto que contribuye de manera indirecta con el autor de un delito, recibiendo, adquiriendo u ocultando los instrumentos, objetos o productos del delito, con la posibilidad de conocer su origen ilícito.

3.8 ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN

Previo a entender la naturaleza del estudio dogmático, es necesario definir qué es un Dogma, “es un vocablo griego que significa...“opinión”, “disposición” “proposición doctrinal”. La dogmática es la ciencia de los dogmas.”¹⁰¹

En ese sentido Claus Roxin define a la dogmática jurídico penal como “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal.” ¹⁰²

Y uno de sus objetivos es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema del derecho penal, debido a que de acuerdo a Claus Roxin “...no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proporciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un todo “ordenado” y de este modo hacer visible simultáneamente la conexión interna de los dogmas concretos.” ¹⁰³

⁹⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., T. VII, p.339.

¹⁰⁰ VON Beling, Ernst, Esquema de Derecho Penal, trad. Sebastián Soler, 11ª ed., Buenos Aires Argentina, Librería el Foro, 2002, p. 195.

¹⁰¹ ROXIN Claus, Op. cit., p. 192.

¹⁰² *Ibíd*em, p. 192.

¹⁰³ *Ibíd*em, p. 193.

El delito de encubrimiento por receptación será analizado en todos y cada uno de sus elementos tanto positivos como negativos; los primeros afirman la existencia del delito, siempre y cuando nada los excluya, y cuando no sea el caso, entonces se abre la posibilidad de la existencia de elementos negativos, los cuales niegan la existencia del delito; para ello se hará, estructurando los conocimientos que componen la teoría del delito de manera ordenada, tomando en consideración el sistema finalista.

Su clasificación legal se contempla en el Libro Segundo Parte Especial, Título Décimo Quinto Delitos contra el Patrimonio, Capítulo IX artículo 243 al 245 del Código Penal para el Distrito Federal. (Ahora Ciudad de México).

3.9 LA TIPICIDAD.

La Tipicidad.- “Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.” ¹⁰⁴

La tipicidad constituye el primero de los elementos fundamentales para la existencia del delito, su ausencia imposibilita su configuración de acuerdo al principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, establecido en el artículo 14 Constitucional párrafo tercero. Es por lo que la tipicidad constituye la consecuencia de verificar que la conducta coincida con lo descrito en el tipo.

El tipo era considerado antiguamente en Alemania de acuerdo a Castellanos Tena “...como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto objetivos como los subjetivos; esto es, incluyendo el dolo y la culpa...En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; considera al tipo como mera descripción.”¹⁰⁵

El Tipo penal.- Es la descripción de una conducta considerada como delito, en la ley, en la que se encuentra el núcleo en un verbo rector.

¹⁰⁴ CASTELLANOS Tena, Fernando, Op, cit., p. 168.

¹⁰⁵ Ídem.

Para Roxin el tipo asume tres funciones: “1.- Una función sistemática.- El tipo abarca el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata. 2.- Una función dogmática.-Consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo.3.- Una función político criminal.- Que radica en su función de garantía. Solo en Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio “nullum crime sine lege” ¹⁰⁶

Bajo esa función político criminal para Claus Roxin, el tipo presenta una finalidad preventivo general que conduce a una doble vía en su interpretación:

“Por una parte, todo tipo ha de ser interpretado según el fin de la ley (teleológicamente), es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas desaprobadas legalmente y por tanto carezcan de lagunas el efecto motivador preventivo general. Pero por otra parte, una prevención general eficaz también presupone una precisión de la ley lo más exacta o fiel a su tenor sea posible, como lo exige el principio nullum crimen sine lege...” ¹⁰⁷

Señala Raúl Plascencia Villanueva ¹⁰⁸ que de acuerdo al Autor Reyes Echandia a los tipos penales se les puede clasificar en:

a) Básicos. Conocidos igualmente como fundamentales, son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro.

b) Especiales. Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de éste.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus, Op. cit., p 277.

¹⁰⁷ Ibídem, p. 219.

¹⁰⁸ PLASCENCIA Villanueva, Raúl, Teoría del Delito, 3a Reimpresión, México, UNAM, México 2004 pp. 99-101.

c) Subordinados o complementados. Los que refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación sólo en el momento procesal de la imposición de la pena;

Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados o agravados; aquéllos prevén una sanción más leve que la de los básicos o los especiales, y éstos, una de mayor gravedad.

e) Compuestos. Los que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores.

Sobre este particular, el tipo penal del delito ha estudio se encuentra en el artículo 243 del Código Penal del Distrito Federal, el cual describe una pluralidad de conductas por medio de sus verbos rectores que a continuación se señalan: adquiera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte.

Así también se establece el tipo penal del delito que nos ocupa en su artículo 244 y como verbos rectores se señalan: venta, prenda o bajo cualquier otro concepto. Aclarando que bajo cualquier otro concepto, pueden ser los descritos en el artículo 243, u otros. Por lo tanto, ambos preceptos son tipos compuestos.

f) Autónomos. Los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto.

g) En blanco. Aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o

precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica.

h) De daño o de puesta en peligro. Los primeros requieren para su concreción que el bien jurídico sea destruido o lesionado, y los de puesta en peligro sólo toman en consideración la posición de riesgo en la cual se coloca el bien jurídico.

i) Abiertos. Dentro de las leyes penales existen casos en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción sólo es comprensible a partir del complemento que realice otro texto legal;

j) Cerrados. Son aquellos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por sí mismos.

Los elementos que conforman la tipicidad dependen del delito que se trate, atendiendo a los elementos o circunstancias que el legislador dispuso en el tipo penal para su configuración y consecuente adecuación, al analizarse el delito deben estar presentes, de no ser así nos encontraremos ante una atipicidad.

Como elementos que conforman la tipicidad tenemos a los elementos 1. Objetivos, 2. Subjetivos y 3. Normativos.

LOS ELEMENTOS OBJETIVOS, EXTERNOS O MATERIALES.

Los elementos objetivos, externos o materiales, son aquellos elementos descriptivos que se aprecian por los sentidos, referente a cosas, hechos o condiciones del entorno que rodea a algo o alguien.

Los elementos objetivos, externos o materiales se dividen a su vez en:

- a) Generales o Genéricos
- b) Especiales o Específicos

Dentro de los Generales o Genéricos se encuentra la conducta, los sujetos (activo, pasivo, pasivo del delito, pasivo de la acción), nexos causal, resultado, objeto material y bien jurídico tutelado.

LA CONDUCTA.

Los actos humanos relevantes para el derecho penal, representan para algunos autores criterios encontrados respecto a la definición del término adecuado, para designar el comportamiento que puede tener consecuencias jurídicas; algunos usan el término conducta y acción de manera indistinta, mientras que otros lo llaman comportamiento humano, acción o hecho.

El autor Franz Von Liszt señala que el acto es la conducta “La idea de acto supone, pues en primer término, una manifestación de voluntad. Se entiende por manifestación de voluntad, toda conducta voluntaria, es decir, la conducta que, libre de violencia... física o psicológica, está determinada por las representaciones... puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo.” ¹⁰⁹

Para el autor Ricardo Nuñez “el hecho es conducta humana manifestada como actividad (acción) o inactividad (omisión)”.

La conducta humana puede presentarse de dos formas, por una acción positiva o una actividad negativa u omisión. La primera se presenta cuando la conducta se exterioriza a través de un movimiento corporal voluntario, o de varios movimientos.

La omisión (negativa).- Se materializa cuando la conducta constituye voluntariamente una inactividad, o un dejar de hacer lo que se debe.

La conducta constituye el elemento principal del delito, que radica en un comportamiento humano voluntario positivo, o negativo, orientado a un propósito. Esa voluntad involucra la autodeterminación del sujeto de sus movimientos corporales.

La conducta aparece conformada por dos fases, de acuerdo al autor Gustavo Malo Camacho:

¹⁰⁹ VON Liszt, Franz, Op. cit., T. II, pp. 285.

“La fase interna, subjetiva o psicológica, que se conforma con la voluntad, en sentido amplio, a su vez integrada con los componentes cognoscitivos (conocimiento) y volitivo (voluntad en sentido estricto). La fase externa, objetiva o material, implica la exteriorización o manifestación exterior de la voluntad (fase interna).” ¹¹⁰

Por lo que la conducta, respecto al tipo penal a estudio del artículo 243, se da por acción, por lo que hace al artículo 244 requiere de acción del sujeto, al recibir bajo cualquier de los supuestos que es establece dicho precepto, los instrumentos, objetos o productos y luego omitir adoptar las precauciones indispensables para cerciorarse de la procedencia de los mismos.

La conducta descrita en el tipo, se representa a través de una oración gramatical o descripción objetiva, tiene como núcleo un verbo rector que representa el delito en una acción determinada, como privar de la vida a alguien en el homicidio.

En el delito que no ocupa en su artículo 243, presenta diversos verbos rectores, que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española los define de la siguiente manera:

Adquirir.- Comprar (obtener por un precio). Coger, lograr o conseguir.

Poseer.- Tener una cosa o ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella.

Desmantelar.- Desarticular. Desarmar y desaparejar una embarcación.

Vender.- Traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que se posee. Exponer u ofrecer al público los géneros o mercancías para quien las quiera comprar.

Enajenar. –Vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos.

Comercializar.- Poner a la venta un producto.

Traficar.- Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías. Hacer negocios no lícitos.

Pignorar.- Dar o dejar algo en prenda.

¹¹⁰ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., p. 345.

Recibir.- Admitir, aceptar, aprobar algo.

Trasladar.- llevar a alguien o algo de un lugar a otro.

Usar.- Hacer servir una cosa para algo.

Ocultar.- Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista.

Respecto al artículo 244 del Código penal para el Distrito Federal como verbos rectores resultan haber recibido en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto y que estos pueden ser los descritos en el artículo 243, u otros.

Prenda.- Cosa mueble que se sujeta especialmente a la seguridad o cumplimiento de una obligación.

SUJETOS

El ser humano a lo largo del tiempo se ha visto forzado a obedecer las reglas impuestas como medida reguladora de la vida en sociedad. Es el ser humano al que se considera como sujeto activo del delito. Así el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

“Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.”

Sujeto Activo.- Es la persona física que realiza una conducta considerada como delito. De acuerdo a Arturo Zamora Jiménez, “autor y sujeto activo no son conceptos iguales y no pueden manejarse como sinónimos en la praxis penal, habida cuenta que la idea de autor lleva implícita la de responsabilidad criminal, por el hecho acaecido, mientras que el sujeto activo es solamente quien realiza el comportamiento típico...”¹¹¹ Las formas de autoría y participación se contemplan en el artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal.

Sujeto Pasivo.- La persona sobre la que se desplegó el delito que puede ser titular del bien jurídico lesionado o que se colocó en peligro. El artículo 108 párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales, lo denomina “víctima del delito al

¹¹¹ ZAMORA Jiménez, Arturo, Cuerpo del Delito y Tipo Penal, 4a reimpression, México, Ángel Editor, 2001, p.106.

sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva.”

Sujeto Pasivo del delito.- Es el titular del bien jurídico tutelado. El artículo 108 párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales, lo denomina “ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

Sujeto pasivo de la acción.- La persona sobre la cual recae de manera directa la acción delictiva.

En el delito que nos ocupa el sujeto activo resulta ser la persona que realice alguna de las diversas conductas que establecen los preceptos que contempla el delito, en tanto el sujeto pasivo primeramente resulta ser el Estado, y de manera secundaria como ofendidas las personas físicas o morales que sufrieron una lesión en su patrimonio.

NEXO CAUSAL

Señala el autor Luis Jiménez de Asúa “que delito es en primer término una conducta, mejor dicho, un acto humano, que comprende, de una parte, la acción ejecutada (acción sensu stricto) y la acción esperada (omisión), y de otra, el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser incriminado precisa existir un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido. Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto ("conditio sine qua non").”¹¹²

Esa unión entre la conducta desplegada y el resultado verificado (nexo causal) constituye un primer indicio en el análisis del delito, y en el caso que nos ocupa el sujeto al adquirir, poseer, dismantelar, vender, enajenar, comercializar, traficar,

¹¹² JIMÉNEZ de Asúa, Luis, Op. cit., p. 221.

pignorar, recibir, trasladar, usar u ocultar o haber recibido en venta o prenda se lesiona la administración de justicia y el patrimonio de la ofendida.

EL RESULTADO

Toda conducta desplegada por un sujeto activo al ser considerada típica, genera un resultado. Luis Jiménez de Asúa señala que el delito no solo implica como resultado un daño, debido a que "...no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral."¹¹³

En orden al resultado se deben analizar de acuerdo a las siguientes ideas:

a) Atendiendo a su materialidad y, b) Atendiendo a su momento de la consumación. Atendiendo a la materialidad en el resultado, los delitos pueden derivar en:

Materiales y Formales.

Son llamados delitos formales aquellos de simple actividad o sólo delitos de acción, y los delitos materiales son los delitos de resultado externo.

1.- Son de resultado material cuando se presenta una alteración en el mundo fáctico que puede constituir un menoscabo o detrimento en el bien jurídico.

En el delito de encubrimiento por receptación es de resultado material, ya que con la venta, enajenación comercialización, tráfico y pignoración se lesiona el patrimonio de las ofendidas. Lo anterior de acuerdo al criterio de Noveno Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, que establece:

"Los textos de los delitos de encubrimiento, que eran contemplados en los preceptos 400 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal abrogado y 243 del entonces Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, revelaban que, atendiendo a sus formas de comisión, que eran sólo adquirir, recibir u ocultar el producto de un delito, el sujeto pasivo era el Estado, el bien jurídico tutelado la administración de justicia y, por ende, carecía de resultado material; sin embargo, atendiendo al contenido

¹¹³ *Ibíd.*, p. 214.

del texto que dio vida jurídica al delito denominado encubrimiento por receptación, previsto en el numeral 243 del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, al incluir además las modalidades de venta, enajenación, comercialización, tráfico y pignoración, con independencia de que subsiste identidad en el sujeto pasivo y la norma continúa protegiendo la administración de justicia, resulta incontrovertible que el legislador realizó tales adiciones con el firme propósito de salvaguardar la lesión que las personas pudieren sufrir en su patrimonio con el despliegue de dichas conductas delictivas, por lo que, en dichos supuestos, indubitadamente, de manera secundaria, son ofendidas las personas físicas o morales, el bien jurídico tutelado es su patrimonio y como consecuencia tiene un resultado material.”¹¹⁴

2.- De resultado formal cuando se agota el tipo con la conducta del sujeto activo, sin que haya necesario un resultado externo o cambio en el mundo fáctico, también llamados de “mero comportamiento o resultado jurídico.” El delito de encubrimiento por receptación es de resultado formal, si solo se adquiere, recibe u oculta el producto del delito, atendiendo al citado criterio jurisprudencial.

Respecto a la consumación (duración), resultan Instantáneos, permanentes y continuados, el artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal, los define de la siguiente forma:

- I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;
- II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y
- III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.

OBJETO MATERIAL.

Gustavo Malo Camacho lo define como “el ente corpóreo sobre el cual recae la acción o conducta del sujeto activo, que causa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y la violación a la norma jurídica, generando con ello el delito.”¹¹⁵

El objeto material lo constituye la persona, cosa o circunstancia sobre la que recae la conducta delictiva del sujeto activo.

¹¹⁴ Tesis I.9.o.P.76 P. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXIX, Junio de 2009, p. 1060. Registro Digital 167121.

¹¹⁵ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., p. 340.

Sin embargo, no hay que confundir el objeto material con el sujeto pasivo, aún y cuando en ocasiones el pasivo al mismo tiempo puede ser el objeto material del ilícito.

En el delito ha estudió, el objeto material puede consistir en tres posibilidades o hipótesis que son: los instrumentos, objetos o productos del ilícito.

BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Para el autor Franz Von Liszt “Bien Jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales para el individuo o de la comunidad. El orden Jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”¹¹⁶

Por eso a la norma penal le corresponde una actividad particularmente de tutela, de los bienes jurídicos en el desenvolvimiento de la vida social, buscando un orden y armonía.

El bien jurídico como objeto de protección del derecho penal señala el autor Arturo Jiménez Zamora “es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro....el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos”¹¹⁷

Esa trasgresión derivada del comportamiento humano al bien jurídico, constituye una lesión o puesta en peligro del mismo bien. Al respecto señala Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran “La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material.”¹¹⁸

¹¹⁶ VON Liszt, Franz, Op. cit., T. II, p. 2.

¹¹⁷ ZAMORA Jiménez, Arturo, Op. cit., p. 76.

¹¹⁸ MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Op. cit., p. 301.

En los llamados delitos de peligro señala el autor Arturo Jiménez Zamora “basta que en la descripción, se de la amenaza de cualquier bien protegido, para que se considere el daño punible del tipo...”¹¹⁹

Por lo que el lesionar o poner en riesgo el bien jurídico tutelado, en el delito de encubrimiento por receptación, lo constituye primeramente la adecuada administración de justicia y de forma secundaria el patrimonio de la ofendida.

ELEMENTOS OBJETIVOS ESPECIALES O ESPECÍFICOS.

Estos elementos no todos los tipos penales lo contienen, solo algunos cuando es necesario para acreditarse el delito:

1.- Circunstancias de tiempo, lugar y ocasión.- Lo constituyen las referencias relacionadas con la realización de la conducta típica, que se asume en algunos tipos penales, esas referencias pueden ser el acontecer en determinado momento (tiempo), bajo ciertas circunstancias en la ejecución del ilícito (modo), y en determinado espacio (lugar). Se establecen en el artículo 19 Constitucional como uno de los requisitos indispensables, para que se formule un auto de vinculación a proceso.

2.- Medios Comisivos o Medios Utilizados, el autor Rafael Guerra Álvarez lo define como: “requisitos que dentro del tipo penal, el legislador incorpora para condicionar la comisión del verbo rector; los instrumentos empleados para realizar la conducta o producir el resultado...cuando la descripción normativa expresamente contemple las palabras: por medio, a través de, a sabiendas de, a quien sin, aún con, entre otras”¹²⁰

Dichos medios resultan de utilidad para reconocer y distinguir cuántos tipos penales existen en la redacción. Esto es, el número de hipótesis que establece el delito o los supuestos que contempla.

¹¹⁹ ZAMORA Jiménez, Arturo, Op. cit., p. 177.

¹²⁰ GUERRA Álvarez, Rafael, Teoría del Delito en el Procedimiento Penal Acusatorio y Oral, 1ª Edición, México, Porrúa, 2021, p. 24.

ELEMENTOS SUBJETIVOS GENÉRICOS (DOLO Y CULPA).

Los elementos subjetivos del tipo penal de acuerdo a Eduardo López Betancourt, “van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.”¹²¹ Resultando determinante ese elemento subjetivo, para conocer la voluntad que derivó en la conducta representada por el (1) dolo, o bien solo a la conducta en la (2) culpa, al ser las únicas formas de comisión de los delitos y se encuentra establecido en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal. Y que son considerados como elementos subjetivos genéricos.

1.-Dolo.- “La Conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo”¹²² Para describir cada una de las formas de dolo de acuerdo al autor Claus Roxin “se emplea casi siempre la descripción del dolo como “saber y querer (conocimiento y voluntad)” de todas las circunstancias del tipo legal.”¹²³ Utilizándose también como sinónimos los términos cognoscitivo (que sirve para conocer) y volitivo (relativo a la voluntad).

Los diversos tipos de dolo que se pueden presentar son:

Dolo Directo o primer grado.- Acontece cuando el propósito del sujeto activo está dirigido al resultado típico y abarca todas las consecuencias, que aunque no las persigue, prevé que se producirán con seguridad.

Este tipo de dolo fue considerado en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal en su párrafo primero bajo la hipótesis primera que establece “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate... quiere o acepta su realización.”

¹²¹ LOPEZ Betancourt, Eduardo, Op. cit., p. 134.

¹²² JIMÉNEZ de Asúa, Luis, Op. cit., p. 277.

¹²³ ROXIN, Claus, Op. cit., p. 415.

Dolo Indirecto o de segundo grado. “El autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear.” ¹²⁴

Dolo Eventual.- “Actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad” ¹²⁵

Dicho tipo de dolo fue considerado en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal en su párrafo segundo bajo la hipótesis segunda establece “Obra dolosamente el que... previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización”.

Dolo indeterminado.- “Si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un resultado delictivo en especial.” ¹²⁶

Cabe aclarar que en el dolo indirecto y dolo eventual también se actualizan los elementos cognoscitivo y volitivo. Respecto al delito que nos ocupa previsto en ambos artículos, nos encontramos ante dolo al tener el sujeto conocimiento y voluntad de su realización. Sin embargo, el artículo 244 establece que el sujeto al no adoptar las precauciones indispensables para cerciorarse de la procedencia de los instrumentos, objetos o productos o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ellos; ante esa negligencia se le reducen las penas del delito doloso, como si fuera culposo.

2.- La culpa.-La culpa constituye un comportamiento que transgrede, un deber de cuidado en la observancia de una obligación impuesta por la ley, ya sea por falta de pericia o imprudencia.

Al respecto Franz Von Liszt señala que “el acto culposo es...la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero si previsible” ¹²⁷

¹²⁴ BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., p. 112.

¹²⁵ ROXIN, Claus, Op. cit., p. 415.

¹²⁶ CASTELLANOS Tena, Fernando, Op. cit., p. 241.

¹²⁷ VON Liszt, Franz, Op. cit., T. II, p. 418.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley.

De acuerdo al autor Enrique Bacigalupo,¹²⁸ tanto la teoría, como la práctica distinguen dos formas de culpa, la culpa inconsciente (sin representación), y la consciente (con representación), en la primera se trata de los casos en que el autor no se ha representado el peligro, que es la consecuencia de la lesión del deber de cuidado que le incumbía. Dicha culpa fue considerada en el artículo 18 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, en su primera hipótesis al establecer: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible...en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”

En la culpa consciente (con representación), precisa por el contrario el autor, se representa el peligro de lesión del bien jurídico, pero valorando falsamente la situación piensa que el peligro no se concretará en resultado. Situación que también se consideró en el artículo 18 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, en una segunda hipótesis al establecer: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que ...previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Tratándose la culpa consciente (con representación) e inconsciente (sin representación o previsión) presenta dos elementos comunes o generales de acuerdo a lo señalado por el autor Rafael Guerra Álvarez:

“a) Producción de un resultado típico. De no haber producido un resultado, la culpa no se actualiza. De ocurrir un resultado, este debe ser típico, es decir, debe adecuarse perfectamente a la descripción normativa prevista por el legislador. b) La violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar. La violación a un deber de cuidado implica necesariamente que el agente del delito

¹²⁸ BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., p. 219.

haya desplegado su conducta inobservando una norma vigente de cualquier reglamento, ley o código.”¹²⁹

Elemento Subjetivo Específico (Diverso del dolo)

Señala el autor Gustavo Malo Camacho que determinados tipos penales no acaban su elemento subjetivo con la sola existencia del dolo, sino que “... incorporan la exigencia de otros aspectos generalmente vinculados con las motivaciones o con las relaciones personales...que suponen verdaderas formas específicas de la subjetividad del autor, exigidas por el propio tipo y que, por tanto, exigen para que se dé la conducta típica, que las mismas se presenten en forma igual como característica subjetiva de la propia conducta. Por esta razón se les denomina como elementos subjetivos del tipo, diversos del dolo.”¹³⁰

Por lo que atendiendo a esa disposición o inclinación que legislador haya hecho en algunos tipos penales, ese elemento subjetivo que no puede apreciarse por los sentidos, y que sin embargo junto con el elemento genérico dolo resulta medular comprobarlos, por tanto de no hacerlo dará lugar a la excluyente de atipicidad de la conducta (artículo 29 fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal) o ante la insuficiencia o falta de pruebas tendrá que dictarse una sentencia absolutoria. Y que en el delito a estudio establecido en el artículo 243 del Código Penal para el Distrito Federal, lo constituye “con conocimiento de esta circunstancia” el cual es difícil acreditar.

ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos pueden ser comprendidos a través de una valoración jurídica, o cultural.

¹²⁹ GUERRA Álvarez, Rafael, Op. cit. p. 29.

¹³⁰ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., pp. 368-369.

1.- Valoración Jurídica.- Se presenta cuando en alguna descripción legal se pueden encontrar términos, o palabras y que en ocasiones provienen de otras ramas jurídicas. Como ejemplo, del Código Civil.

2.- Valoración Cultural.- Se acude a usos, o costumbres sociales que tienen vigencia en el lugar y tiempo en que se realizó la conducta. Auxiliándose de un diccionario para definir una palabra, ejemplo ilegítimo.

3.10 LA ANTIJURICIDAD.

La antijuridicidad como segundo elemento positivo de lo ilícito, supone realizar lo contrario al derecho, o lo prohibido, debido a que no basta que la conducta encuadre en el tipo, se requiere que esa acción típica no esté justificada.

Luis Jiménez de Asúa señala que el considerar como contrario a derecho a la antijuridicidad resulta insuficiente, “se completa por negaciones; es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso. En suma: no se nos dice lo que es antijurídico, sino, aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejecución de un derecho, estado necesario, etc.”¹³¹

La antijuridicidad se puede presentar de manera formal y material, señala Claus Roxin que “una acción es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una disposición o mandato legal; y el materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos...”¹³²

¹³¹ JIMENEZ de Asúa, Luis, Op. cit., pp. 267-268.

¹³² ROXIN, Claus, Op. cit., p. 558.

3.11 LA CULPABILIDAD.

En el estudio de la culpabilidad se desarrollaron tres concepciones, una psicológica cuyos exponentes fueron Von Buri, Von Liszt, Löffelr, Kohlrausch y Radbruch. Una normativa que construyeron Frank, Goldschmidt, Freudenthal y Mezger y la finalista que transformó Welzel.

Bajo la concepción psicológica a la culpabilidad señala Fernando Tena Castellanos que Porte Petit la considera un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado y que contiene dos elementos, uno volitivo o emocional, y otro intelectual. “El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y del resultado; y el segundo... el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.” ¹³³

La concepción normativa, consideró a la culpabilidad un juicio de valor, al ser la reprochabilidad de su conducta antijurídica al autor, en razón de que le era exigible otra conducta distinta. Al respecto el autor Ricardo Núñez refiere. “... El juicio de reprochabilidad se funda en la libertad del autor para obrar (libertad interna: imputabilidad; libertad externa, normalidad de las circunstancias concomitantes), en el fin perseguido por él y en el conocimiento del significado de su conducta (dolo), o en la posibilidad de conocerlo (culpa). De esta manera, el dolo y la culpa sólo representan, alternativamente, un elemento del juicio de culpabilidad; y la no exigibilidad de otra conducta, incluso por causas de inculpabilidad no previstas por la ley (causas supralécales), tiene el carácter de una causa general de exclusión de la culpabilidad.” ¹³⁴

La concepción finalista de culpabilidad ubicó y adaptó a un sistema como lo señala Claus Roxin “... en el tipo el dolo y la infracción objetiva del deber de cuidado en lo delitos imprudentes y eliminar así la culpabilidad. Como los tres elementos de la reprochabilidad aparecían entonces ya sólo la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad...y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma...Los elementos subjetivos (el objeto de la valoración) se separaron de ese

¹³³ CASTELLANOS Tena, Fernando, Op. cit., p. 234.

¹³⁴ NUÑEZ, Ricardo, Op. cit., p. 179.

modo de la culpabilidad y quedaría en ella “únicamente el criterio de reprochabilidad” (valoración del objeto).”¹³⁵

Por lo que como ya se había señalado bajo la concepción finalista desaparece el concepto de imputabilidad, que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche.

La culpabilidad constituye el juicio de reproche social que realiza un órgano jurisdiccional, como parte de un estado de derecho, al sujeto activo por la conducta desplegada y que fue considerada como típica y antijurídica, al lesionar o poner en peligro determinado bien jurídico, no obstante que tenía otras alternativas de conducirse.

La culpabilidad para el autor Rafael Guerra Álvarez “es el juicio de reproche que hace el juzgador de un sujeto que se autodeterminó (imputabilidad) para cometer un ilícito, con conocimiento de lo antijurídico (conciencia de lo antijurídico), pudiéndose exigir otra conducta diversa a la realizada (exigibilidad de otra conducta).”¹³⁶

En ese sentido la culpabilidad presenta tres elementos específicos:

a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Implica conocer la capacidad mental del sujeto activo que tiene para entender, y pueda discernir lo que quiere, al momento de desplegar la conducta.

b) El conocimiento de la antijuricidad. La ley propone que se conozca de manera general, lo que se encuentra prohibido para todo individuo y en la medida de que se conozca, se abstendrá de su realización.

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto o de otra conducta. Se dispone que atendiendo a que el individuo al encontrarse con la cualidad de la

¹³⁵ ROXIN, Claus, Op. cit., p.796.

¹³⁶ GUERRA Álvarez, Rafael, Op. cit., p. 42.

autodeterminación, puede ajustarse a lo que se ha establecido por la ley, bajo esa libertad de decisión.

3.12 LA ATIPICIDAD.

De acuerdo al autor Gustavo Malo Camacho, “son causa de atipicidad aquellas situaciones que originan la falta de atribuibilidad al tipo del delito de que se trate, lo que implica la falta de tipicidad y, como consecuencia, la inexistencia del delito.”¹³⁷

AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta puede consistir en que no existió, o porque la misma careció de voluntad, y eso puede ocurrir cuando se presente:

a) Fuerza física irresistible. Proviene del exterior que anula la posibilidad de dominar los movimientos del individuo, puede derivar de una actividad humana (Vis absoluta) o de eventos naturales (Vis mayor).

b) Movimientos reflejos. Derivan de estímulos ajenos a la voluntad del sujeto. (ejemplo epilepsia).

c).- Estado de inconsciencia . Se presenta cuando el individuo realiza la actividad o deja de hacerla sin voluntad, por no tener conocimiento de sí mismo y de su entorno y no poder identificar las situaciones de riesgo, o de peligro (ejemplo sueño, hipnotismo, sonambulismo.) Excepto la acción libre en su causa cuando el individuo con conocimiento y voluntad se coloca en ese estado. (Ejemplo de la ebriedad).

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, respecto a esa atipicidad establece:

A.- Habrá causas de atipicidad cuando:

I.- (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente;

¹³⁷ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., p. 371.

ATIPICIDAD (AUSENCIA DE ALGUNO DE LOS ELEMENTOS BÁSICOS DEL TIPO).

La atipicidad se actualiza cuando llega a faltar alguno de los elementos constitutivos del tipo, sean objetivos, subjetivos o normativos. Sin embargo, de acuerdo al autor Díaz Aranda, se deben analizar los tres elementos de la conducta típica para determinar su atipicidad, de ahí que “la valoración de uno de sus elementos podría llevarnos a juicios equivocados de exclusión de la prohibición.”¹³⁸

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, referente a esa atipicidad establece:

A.- Habrá causas de atipicidad cuando:

II.- (Atipicidad por falta elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

ERROR DE TIPO (AUSENCIA DE DOLO).

El autor del delito debe conocer todos los elementos objetivos que integran el tipo, de acuerdo a los autores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, quienes señalan “Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se le llama error de tipo.”¹³⁹

Cabe recordar que el dolo se compone de dos elementos, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y voluntad de realización, si existe error, o ignorancia respecto a alguno de los elementos del tipo objetivo, habrá error de tipo.

El error de tipo se divide en invencible y vencible. El primero se presenta cuando el individuo actuando con interés y atención, no evitó caer en el error en que se encontraba. El error vencible se presenta cuando pudo haberse evitado, si el individuo hubiera puesto interés y atención.

De acuerdo al autor Eugenio Raúl Zaffaroni el error de tipo en síntesis se presenta. “ (a) el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible);

¹³⁸ DÍAZ Aranda, Enrique, Lecciones de Derecho... cit., p. 109.

¹³⁹ MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Op. cit., p. 275.

(b) siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica); y (c) cuando sea invencible elimina también toda eventual tipicidad culposa.”^{140*}

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, por cuanto hace a esa atipicidad establece:

A.- Habrá causas de atipicidad cuando:

III.- (Atipicidad por error de tipo).- El agente obre con error de tipo:

a).- Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa.

En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o

b).- Invencible.

El autor del delito debe de conocer todos los elementos objetivos que integran el tipo, de acuerdo a los autores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, quienes señalan “Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se le llama error de tipo.”¹⁴¹

CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO.

Señala el autor Claus Roxin que el consentimiento “es expresión de la libertad de actuación del titular de bien jurídico y por lo tanto el que obra con consentimiento, no lesiona los bienes jurídicos de aquel...”¹⁴²

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que hace a esa atipicidad establece:

A.- Habrá causas de atipicidad cuando:

IV.- (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

¹⁴⁰ ZAFFARONI Eugenio, Raúl, et al., Derecho Penal ...cit., p. 533.

¹⁴¹ MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Op. cit., p. 275.

¹⁴² ROXIN Claus, Op. cit., p. 765.

a) Se trate de un bien jurídico disponible. Respecto a qué bienes son disponibles señala Eugenio Raúl Zaffaroni “La idea de *disponibilidades* criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contrapone frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. Este malentendido deriva de la identificación de *disposición* con *destrucción*. La destrucción es un límite –poco usual- de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el *suicidio* y la *destrucción del estado*.”¹⁴³ Esos bienes que no pueden lesionarse aún con el consentimiento del titular son la vida y los bienes colectivos.

b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; Implica a una persona mayor de 18 años para asumir derechos y obligaciones. Quien deberá ser el titular del bien jurídico.

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos o señas. Es tácito cuando de hechos o actos se presuponga o que den a conocer que se presuma. El consentimiento se encuentra viciado si se da por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

3.13 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

El autor Raúl Plascencia Villanueva señala que Juan Rosal la define como “todas aquellas situaciones en las cuales las acciones típicas, realizadas son jurídicas”, o sea, se podrá realizar una acción típica, pero al existir una causa de justificación no podrá ser valorada como antijurídica”¹⁴⁴

¹⁴³ ZAFFARONI Eugenio, Raúl, et al., Derecho Penal ...cit., p. 489.

¹⁴⁴ PLASCENCIA Villanueva, Raúl, Op. cit., p. 139.

Similar criterio adoptó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al definirlos “como aquellos hechos formales a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer que una conducta típica no sea antijurídica.” ¹⁴⁵

De acuerdo al autor Enrique Bacigalupo¹⁴⁶ la justificación determina:

- a) Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la realización del hecho típico para el autor.
- b) Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la colaboración en la realización del hecho típico o la inducción al mismo (extensión del efecto justificante a los partícipes): el que induce a otro a defenderse dentro de los límites de la defensa necesaria o a obrar dentro del estado de necesidad o le preste ayuda en esas circunstancias, está justificado de la misma manera que el autor.
- c) Exclusión de la posibilidad de defensa necesaria contra el que obra justificadamente.

Estos efectos dependen de las siguientes condiciones:

- a) La creación intencional de la situación que da lugar a la permisión (provocación de la situación) excluye el efecto justificante.
- b) La justificación se limita a la acción necesaria para salvar el bien jurídico; es decir, la acción será justificada si dadas las condiciones de la causa de justificación concreta el autor no podía realizar ninguna otra acción para salvar el bien jurídico;
- c) El autor debe haber obrado con conocimiento de las circunstancias de la causa de justificación de que se trata.

¹⁴⁵. Acción de Inconstitucionalidad 1/2018. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Pleno. Libro 77, agosto de 2020, Tomo II, p. 2157 Registro Digital 29458 <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/29458>

¹⁴⁶ BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., pp. 121-122.

Como causas de justificación el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece, legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y consentimiento presunto.

LA LEGÍTIMA DEFENSA.

En el transcurso del tiempo se ha reconocido a la legítima defensa como un acto conforme a derecho y que no merece castigo, por las circunstancias en que se presenta.

La legítima defensa de acuerdo a Claus Roxin se basa en dos principios, la protección individual y el prevailecimiento del derecho. “Es decir en primer lugar la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual.” ¹⁴⁷

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, como justificación en la legítima defensa establece:

B.- Habrá causas de justificación, cuando:

“I.- (Legítima defensa).- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los

¹⁴⁷ ROXIN, Claus, Op, cit., p. 608

lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;”

Agresión real. Implica que sea verdadera y no solo una conjetura en la mente del que reacciona.

Agresión actual e inminente.- Se presenta la agresión al mismo tiempo que se realiza la acción de defenderse.

Agresión sin derecho.- Que la acción de defenderse sea justa y que la agresión resulte injusta.

Necesidad de defensa.- En atención a la agresión recibida, resulta necesario responder con la finalidad de salvaguardar el bien jurídico en peligro y que la ley reconoce expresamente.

Defensa Proporcional. Resulta que la defensa para salvar el bien jurídico, deberá ser en proporción a los ataques que esté recibiendo.

Provocación Suficiente. Quien actúa defendiéndose con justa causa, no debe haber provocado la agresión de la que se defiende.

ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.

Estado de Necesidad lo define el autor Franz Von Liszt como “una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos.” ¹⁴⁸

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, referente a esa causa de justificación establece:

B.- Habrá causas de justificación, cuando:

¹⁴⁸ VON Liszt, Franz, Op, cit., T. II pp. 341

“...II.- (Estado de Necesidad Justificante).- El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

En relación al estado de necesidad señala el autor Gustavo Malo Camacho se conocen dos teorías “**La teoría de la unificación**, que afirma la posibilidad de que la justificante pueda operar respecto de todo tipo de bienes, siempre que sean de igual o menor jerarquía; y **la teoría de la diferenciación**, que estima que debe ser objeto de un tratamiento sistemático diferente el estado de necesidad justificante, que afecta bienes de menor jerarquía, el cual implica una causa de justificación que elimina la antijuridicidad.”¹⁴⁹ Esta última es la más aceptada en la actualidad.

El estado de necesidad se presenta como instinto de supervivencia, para impedir que ocurra un mal propio o ajeno, ante una situación de riesgo a punto de suceder, debiendo transgredir otro bien de menor valía, para salvaguardar el interés protegido que deberá tener mayor relevancia que el daño.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

De acuerdo al autor Rafael Guerra Álvarez el cumplimiento de un deber se presenta “cuando el agente realiza una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo, se encuentra justificada su conducta, la cual deriva de la ponderación de intereses, siempre que el cumplimiento recaiga en un deber jurídico, no moral.”¹⁵⁰

Para determinar que una persona actúa en cumplimiento de un deber, y opere como causa de justificación, resulta indispensable observar que esos deberes se encuentren regulados en la ley.

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, como justificación establece:

B.- Habrá causas de justificación, cuando:

¹⁴⁹ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., p. 419.

¹⁵⁰ GUERRA Álvarez, Rafael, Op. cit., p. 39.

III.- (Cumplimiento de un deber).- El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;

EJERCICIO DE UN DERECHO

En el ejercicio de un derecho debe existir una norma jurídica que permita o prohíba cierto comportamiento, pero que reconoce ese derecho de la persona a actuar en el sentido que lo realizó, aun cuando lesione o ponga en peligro algún bien jurídico, al estar justificada atendiendo a esa permisibilidad que se le reconoce.

De acuerdo al autor Raúl Plascencia Villanueva existen dos requisitos que la doctrina identifica: a). la existencia de un derecho de parte de quien actúa, y b) el reconocimiento de dicho derecho por parte de una norma jurídica positiva.

Precisa que los casos más comunes son:

a. el derecho a corregir. Se refiere al derecho de los ascendientes para corregir a sus descendientes, pero sujeto a los lineamientos que establece la propia ley.

b. offendicula. Se refiere al derecho que tienen las personas de colocar ciertas protecciones a modo de defensas que sirven a los propietarios de inmuebles para proteger su patrimonio y propiedad, como es el caso de las cercas electrificadas, los vidrios en los muros y otros aditamentos.

c. lesiones ocasionadas en tratamientos médico quirúrgicos. El cumplimiento de un deber puede invocarse también en el caso de las lesiones ocasionadas en el ejercicio de tratamientos médico quirúrgicos, lo cual guarda justificación en virtud del propio reconocimiento que hace el Estado.

d. lesiones ocasionadas en la práctica del deporte. ...el Estado reconoce la existencia de ciertas profesiones, tratándose de la práctica del deporte no sólo reconoce su existencia, sino que promueve la celebración de actividades deportivas y...en forma expresa o tácita expide la autorización. ¹⁵¹

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, como justificación establece:
B.- Habrá causas de justificación, cuando

¹⁵¹ PLASCENCIA Villanueva, Raúl, Op. cit., p. 139.

IV.- (Ejercicio de un derecho).- Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o

CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Un consentimiento Presunto de acuerdo al autor Claus Roxin “se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, y solo puede estar justificado por el hecho de que se presume su conocimiento según un juicio objetivo. Aquí coliden la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posible opuesta por el titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el ordenamiento jurídico, conforme a criterios objetivos y diferenciados, fija una voluntad presunta, que justifica la injerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico” ¹⁵²

Al respecto Edmund Mezger refiere que “no se trata... de una presunción en el sentido de la admisión subjetiva de un consentimiento de parte del autor... *sino* de una "presunción" *objetiva*, es decir, de la *comprobación judicial* de que el lesionado habría consentido en la acción si hubiera conocido *exactamente* la situación de hecho.” ¹⁵³ Será el Juzgador quien determine si se dan las circunstancias, que hagan presumir que el titular de bien pudo haber otorgado el consentimiento, ante la eventualidad y por ende si opera como causa de justificación.

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, referente a la justificación establece:

B.- Habrá causas de justificación, cuando

V.- (Consentimiento presunto).- Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

¹⁵² ROXIN, Claus, Op, cit., p. 796.

¹⁵³ MEZGER, Edmund, Op. cit., p. 176.

3.14 LA INCULPABILIDAD

Refiere el autor Fernando Castellanos Tena que “la Inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.” ¹⁵⁴

Como elementos negativos de la culpabilidad se presentan las excluyentes de Inimputabilidad y acción libre en su causa, error de prohibición inculpabilidad e inexigibilidad de otra conducta.

INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad se presenta cuando el sujeto activo no tenga la capacidad de comprender y discernir la ilicitud de su acción u omisión, por carecer de ese conocimiento y voluntad, derivado de un trastorno mental sea transitorio o permanente. Respecto a las acciones libres de causa, refiere el autor Franz Von Liszt que se presentan “cuando se produce un resultado contrario a derecho, por un acto u omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada, por un acto (acción u omisión), doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad.” ¹⁵⁵ Ejemplo la embriaguez.

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, como inculpabilidad establece:

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

II.- (Inimputabilidad y acción libre en su causa).- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

¹⁵⁴ CASTELLANOS, Tena Fernando, Op. cit., p. 19.

¹⁵⁵ VON Liszt, Franz, Op. cit., T. II pp. 387 y 388.

(Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación;

ERROR DE PROHIBICIÓN O DIRECTO

Error de prohibición. Ocurre cuando el sujeto tiene una apreciación errónea de estar actuando conforme a derecho y por ende tiene la idea equivocada de que su conducta es lícita. De acuerdo al autor Raúl Plascencia Villanueva para la culpabilidad “es necesario la posibilidad de conocer la prohibición del hecho y al estar en ausencia de dicha posibilidad se excluye la culpabilidad y toda pena la posibilidad; por el contrario, en el caso de que el error sea vencible, no se excluye la culpabilidad en virtud de que no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero sí se disminuye la reprochabilidad y por ende se atenúa la culpabilidad.” ¹⁵⁶

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, respecto a ésta inculpabilidad establece:

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando

III.- (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:

a).- Desconozca la existencia de la ley;

b).- El alcance de la ley; o

c).- Porque crea el agente que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.

INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

“La teoría de la no exigibilidad surgió en Alemania en la República de Weimar, a principios de los años 20 del siglo XX, en una época de grave crisis económica y social, como una forma de exclusión de la culpabilidad de personas que por miedo

¹⁵⁶ PLASCENCIA Villanueva, Raúl, Op. cit., pp. 99-101.

a perder su empleo o a consecuencias peores, se veían obligados a cometer un delito.”¹⁵⁷

A la inexigibilidad de otra conducta se le considera como la esencia mínima de todas las causas de inculpabilidad, dado que no es posible exigir al autor su actuar de manera distinta a la forma en que lo hizo, al respecto precisa el autor Gustavo Malo Camacho “...no se le puede exigir que hubiera actuado conforme a derecho, sea porque el autor no tenía capacidad de autodeterminación para conducirse conforme a sentido y significación (inimputabilidad); o bien, porque aún teniendo tal capacidad, por las circunstancias en que se presenta el caso, no puede exigírsele a la persona la comprensión de la antijuridicidad de su acto (inexigibilidad de la comprensión del injusto); o bien, porque aún existiendo tal comprensión de la antijuridicidad de su acto, en el caso, no puede exigírsele la adecuación de su conducta a lo ordenado por la ley (no exigibilidad de otra conducta).”¹⁵⁸

En la inexigibilidad de otra conducta se debe analizar el miedo grave y temor fundado, así como el estado de necesidad exculpante o disculpante.

a) Miedo grave y temor fundado.- “El miedo grave constituye causa de inimputabilidad y exige que el sujeto activo haya perdido la motivación, representación y conciencia normal de sus actos, o haya caído en un estado de anulación individual. En el temor fundado, la acción típica de quien lo experimenta no es culpable, por no ser exigible otra conducta a quien obra bajo la amenaza de un mal inminente que disminuye la posibilidad de elegir entre el mal de cometer un delito y el propio mal que le amenaza.”¹⁵⁹

Cabe precisar que en “la evolución histórica legislativa el artículo 15 del Código Penal Federal, llegó a contemplar su fracción VI cómo exclusión de la realización de una conducta delictiva el miedo grave o temor fundado, reformándose e introduciendo en la fracción IX como causa de exclusión del delito la no exigibilidad de otra conducta distinta, sin reiterar el miedo y el temor, pero se estimó que ese

¹⁵⁷ MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Op. cit., p. 387.

¹⁵⁸ MALO Camacho, Gustavo, Op. cit., pp. 568-569.

¹⁵⁹ Tesis IV1o.P.C.9 P. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXII, Julio de 2000, p. 779. Registro Digital 191613.

proceder quedaba comprendido como una causa de no exigibilidad de otra conducta de ahí que el estado psicológico de miedo grave o temor fundado producido por amenazas, debía analizarse conforme al contenido de la fracción IX del referido en comentario.”¹⁶⁰. Situación similar contempló el legislador en el artículo 29 apartado C fracción IV Código Penal para el Distrito Federal que establece:

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando

IV.- (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si el agente se excede en los casos de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber se estará a lo previsto en último párrafo del artículo 83 de este Código.

b) Estado de necesidad exculpante o disculpante. Deriva de la coacción a la que el sujeto se vea sometido por una amenaza que provenga de una tercera persona, o por la naturaleza. Está se actualiza de acuerdo al autor Rafael Guerra Álvarez “cuando se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no se evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.”¹⁶¹ Ejemplo mátao si no te mato.

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, respecto a esta inculpabilidad señala:

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando

I.- (Estado de necesidad disculpante o exculpante).- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

¹⁶⁰ Tesis VIII 3o.10 P. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XVIII, Julio de 2003, p. 1106. Registro Digital 183829.

¹⁶¹ GUERRA Álvarez, Rafael, Op. cit., p. 55.

CAPÍTULO 4

LA DUPLICIDAD DE LA VINCULACIÓN A PROCESO, UNA FORMA INEFICAZ PARA JUSTIFICAR LA INEXISTENCIA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN.

4.1 EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

Derivado de las reformas constitucionales de 2008 y 2011 se implementó el Sistema Penal Acusatorio, así como el reconocimiento a nivel Constitucional de los Tratados Internacionales que salvaguardan los derechos humanos, si bien como propósito considero el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune, que los daños causados se reparen, así como garantizar los derechos de la víctima y el imputado, esto último como un sistema garantista en el que deben de respetarse los derechos de la víctima ofendido y del imputado, tomando como base la presunción de inocencia, lo cual sólo quedó en las buenas intenciones.

Advirtiéndose diversas violaciones a los derechos humanos, y contradicciones lo cual repercute en la observación y respeto a los derechos humanos como se observará en el delito a estudio.

Este procedimiento comprende tres etapas:

Etapa de investigación	Etapa intermedia o preparación del juicio	Etapa de juicio
------------------------	---	-----------------

La etapa de Investigación a su vez se divide en dos fases:

I.-Investigación Inicial.- Principia con la denuncia o querrela o requisito equivalente ante el órgano investigador y termina, cuando el imputado es puesto a disposición del juez de Control para formulación de imputación. Cabe aclarar que el requisito equivalente se presenta cuando el ministerio público tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictivo lo comunicará por escrito a alguna autoridad cuyo seguimiento deberá de dar y se haga del conocimiento de la autoridad investigadora. Ejemplo de ello cuando en un juicio civil la representación social

advierta la posible comisión de un delito y solicite al juez se dé vista al ministerio público investigador.

II.- Investigación complementaria.- Comprende desde la formulación de imputación y concluye con el cierre de investigación que haya determinado el juez, (art. 321 del Código Nacional de Procedimientos Penales). La finalidad de esta etapa es que el ministerio público en ambas fases, recabe datos de prueba que considere necesarios para poder establecer si ejercita o no la acción penal. Así como proponer soluciones alternas (art. 184 del Código Nacional de Procedimientos Penales) y criterios de oportunidad (arts. 256 y 257 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

La etapa intermedia o preparación del juicio.- Comprende desde la formulación de acusación hasta el auto de apertura a juicio (artículo 334 del Código Nacional de Procedimientos Penales). En esta etapa el juez de Control, a petición de las partes admitirá o excluirá las pruebas ofrecidas, comprendidos los acuerdos probatorios (art 345 del Código Nacional de Procedimientos Penales). Periodo en que aún proceden las soluciones alternas.

La etapa de juicio.- Inicia desde que se recibe el auto de apertura a juicio, hasta la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento (artículo 348 del Código Nacional de Procedimientos Penales). El propósito de esta etapa es ventilar la controversia a través de un tribunal de enjuiciamiento, con la finalidad de condenar para imponer una pena o medida de seguridad o en su defecto absolver.

4.2 CAMBIOS QUE SE DIERON PARA LLEGAR AL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO

Originalmente en la Constitución de 1857 en su artículo 19, establecía que ninguna detención debía exceder del término de 3 días, sin que se justificara con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que estableciera la ley. La Constitución de 1917 en su artículo 19 instauró que ninguna detención debía exceder del término de 3 días, sin que se justificara con un auto de formal prisión en el que se enunciara el delito imputado, los elementos que lo constitúan, lugar tiempo y circunstancias

de ejecución y los datos que arrojará la averiguación previa, los que debían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado.

Derivado de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 dicho artículo instauró que ninguna detención ante autoridad judicial debía exceder del término de setenta y dos horas, sin que se justificara con un auto de formal prisión y que de lo actuado aparecieran datos suficientes que acreditaran los elementos del tipo penal del delito imputado e hicieran probable la responsabilidad del mismo. Introduciéndose también el auto de sujeción a proceso, cuando la pena no era privativa de libertad o era alternativa, aun cuando ello ya se encontraba previsto en los Códigos de Procedimientos Penales.

Ante la problemática que se representaba al ministerio público, por integrar una averiguación previa que resultaba deficiente y no justificar los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos y normativos), traía como consecuencia que los jueces no acreditaran dichos elementos y ordenaban la libertad de los detenidos, es por lo que se vuelve a reformar dicho precepto publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, el cual estableció que ninguna detención ante autoridad judicial debía exceder del término de setenta y dos horas, sin que se justificara con un auto de formal prisión en el que se expresara el delito imputado, el lugar tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arrojará la averiguación previa, los que debían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y se introdujo al artículo 19 Constitucional que el plazo de 72 horas podría prorrogarse hasta por otras setenta y dos horas cuando lo solicitara el inculpado, elevándose dicha garantía a rango constitucional.

Sin embargo, es pertinente aclarar que dicha prórroga, ya lo contemplaba el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales reformado y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de enero de 1988 que establecía:

“ARTICULO 161.-IV.-

El plazo al que se refiere el primer párrafo de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado por escrito, por sí o por conducto de su defensor, al rendir declaración preparatoria, por convenirle dicha ampliación del plazo con el objeto de

recabar elementos que deba someter al conocimiento del juez para que éste resuelva sobre su situación jurídica. El Ministerio Público no puede solicitar dicha prórroga ni el juez resolverla de oficio, aun cuando, mientras corre el periodo de ampliación, aquél puede, sólo en relación con las pruebas o alegaciones que propusiera el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.”¹⁶²

Dicha reforma de acuerdo al Diario de debates de la LIII legislatura, de fecha 21 de diciembre de 1987, obedeció a lo siguiente:

“...Es indubitable que la reforma al artículo 161 trasciende en la consagración de las garantías individuales, en cuanto a que amplía el ámbito de validez de los derechos públicos subjetivos, ya que dicha propuesta permite que el indiciado o su defensor, se alleguen mejores y más pruebas que convengan a sus intereses, toda vez que dicha ampliación corresponde a la garantía constitucional a que todo individuo tiene derecho. Los términos y plazos procesales y consagra nuestra Carta Magna, se han fijado en favor del gobernado para que pueda obtener verdadera justicia y no sólo observancia de un procedimiento, por ello deben entenderse como plazos mínimos que pueden ser materia de ampliación si con ello el gobernado asegura o procura recibir justicia. ...”¹⁶³

En fecha 18 de Junio el 2008 en el Diario Oficial de la Federación, se publicó la reforma al artículo 19 de la Constitución, en el que se estableció que ninguna detención ante autoridad judicial debía exceder del término de setenta y dos horas, sin que se justifique con un auto de vinculación en el que se exprese el delito imputado, el lugar tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que lo cometió o participó en su comisión. El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse a petición del indiciado. Plazo que también prevé el artículo 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales, después de la reforma de 17 de junio del 2017, pues en su texto original no especificaba por cuantas horas se podía ampliar el plazo.

Esta última reforma al artículo 19 de la Constitución dentro de las consideraciones de acuerdo al Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales fecha 13 de diciembre del 2007 se establecieron las siguientes:

“...Artículo 19 Cambio de denominación: auto de vinculación

¹⁶² Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de enero de 1988.

¹⁶³ Diario de debates LIII legislatura. Cámara de Diputados. Tercer año de Ejercicio. Primer Periodo Ordinario (Agosto-Diciembre 1987). Fecha 1987-12-21. Diario N° 45. Crónica Parlamentaria

Estas comisiones dictaminadoras comparten la decisión de modificar la noción de auto de sujeción a proceso y auto de formal prisión para sustituirlo por el de *auto de vinculación a proceso*. Ello obedece a que bajo el sistema acusatorio que se incorpora en esta reforma, ambas resoluciones (auto de sujeción a proceso y auto de formal prisión) pierden sentido y sustento bajo estas nuevas reglas procesales. El cambio en la denominación implica una modificación sustancial en la lógica del proceso penal. El auto de vinculación a proceso únicamente se refiere a la determinación mediante la que se establece si hay méritos para iniciar un proceso penal...

Estándar para el supuesto material

“...Al igual que en el caso del artículo 16 constitucional, la nueva redacción del artículo 19 constitucional se prevé modificar el estándar probatorio para el libramiento del auto de vinculación a proceso. La razón de ello es fundamentalmente la misma que ya se expuso en su oportunidad al abordar el artículo 16. En este punto habría que agregar que el excesivo estándar probatorio que hasta ahora se utiliza, genera el efecto de que en el plazo de término constitucional se realice un procedimiento que culmina con un auto que prácticamente es una sentencia condenatoria. Ello debilita el juicio, única fase en la que el imputado puede defenderse con efectivas garantías, y fortalece indebidamente el procedimiento unilateral de levantamiento de elementos probatorios realizado por el ministerio público en la investigación, el cual todavía no ha sido sometido al control del contradictorio. La calidad de la información aportada por el ministerio público viene asegurada por el control horizontal que ejerce la defensa en el juicio, en tal sentido, no es adecuado que en el plazo de término constitucional se adelante el juicio. El objetivo de la medida es asegurar que en el juicio se defina efectivamente la sustancia de la causa penal y otorgar a la defensa el derecho efectivo a contradecir a la acusación...”¹⁶⁴

Como se advierte del Diario de Debates de la LIII legislatura de 21 de diciembre de 1987, la duplicidad o ampliación al término para resolver la situación jurídica, obedeció al fortalecimiento de las garantías individuales que el legislador consideraba debían gozar los ciudadanos para poder obtener efectiva justicia, por lo tanto, que el acusado y su defensor pudieran hacerse llegar más y mejores pruebas de descargo, atendiendo a que los términos y plazos procesales resultaban mínimos, pero al ser ampliados el gobernado podría asegurar o procurar recibir justicia, tan es así que se elevó a rango constitucional en la reforma de 8 de marzo de 1999. Sin embargo, esa reivindicación que perseguía el legislador con el gobernado de respetar ese derecho a una adecuada defensa, se ve desvirtuada

¹⁶⁴ Dictamen de la Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de justicia... con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Cámara de Senadores 13-12-2007. Proceso Legislativo. Decreto 89, LX Legislatura. pp. 16-17 https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/089_DOF_18jun08.pdf

con la reforma al artículo 19 Constitucional de fecha 18 de junio el 2008, ya que, como argumentos medulares del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, señaló que dicho precepto antes de la reforma contemplaba:

- Excesivo estándar probatorio
- Debilitaba el juicio donde el imputado puede defenderse
- Fortalecía el levantamiento de elementos probatorios por el M.P.
- La información que aportaba el M.P. venía asegurada por el control horizontal que ejercía la defensa en el juicio.

Por lo que para dictar un auto de vinculación a proceso observando el Dictamen de las Comisiones Unidas, obedece a la existencia de méritos, sin especificar a qué se referían estos, y atendiendo a la definición de mérito, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, establece que consiste en un reconocimiento por algo que se ha hecho; sin embargo, ello resulta vago para justificar la probabilidad de la comisión de un delito, aun cuando el artículo 19 Constitucional reformado estableció para justificar el auto de vinculación, que existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que lo cometió o participó en su comisión, solo bastan datos para justificar la comisión del hecho que se señala como delito en la ley.

Es preciso señalar que el Ministerio público tiene el monopolio de la acción penal, por tanto es a quien corresponde demostrar la culpabilidad, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 21 Constitucional, 44 apartado "A" fracción VI de la Constitución Política de la Ciudad de México y 130 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero observando que el artículo 19 Constitucional, redujo esa carga probatoria, al ser diferente establecer que comprobar, por lo que ya no tiene que demostrar que el sujeto tenía conocimiento que el instrumento, objeto o producto que posea u oculte derive de un delito, como tampoco acreditar que la persona no adoptó la precaución indispensable para asegurarse de la procedencia, o de que de la persona que lo recibió tenía derecho a disponer de ella, conforme a lo establecido en los artículos 243 y 244 del Código Penal para el Distrito Federal, basta con indicios, suponer el hecho y proceder a la imputación de quien se considere lo cometió. Desvirtuándose el propósito que perseguía el legislador en la Duplicidad del Auto de Término Constitucional.

No obstante lo anterior, los datos de prueba que se recaben, pueden derivar en investigaciones deficientes que justifican una vinculación a proceso y si fuera el caso a una prisión preventiva justificada, lo que podría constituirse en un castigo anticipado y grave que violente los derechos humanos; como el de libertad, y la presunción de inocencia.

4.3 LA PRISIÓN PREVENTIVA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS.

La Constitución de 1917 buscó consagrar la libertad, mediante el reconocimiento de garantías individuales de los derechos civiles y políticos, considerando a la prisión preventiva como una medida de custodia de la persona que iba a ser procesado y sentenciado. Al paso del tiempo hubo modificaciones y la prisión preventiva procedería para delitos cuya pena de prisión en su término medio aritmético fuera superior a cinco años; que el delito que se le imputaba debía incluir sus modalidades o agravantes y que mereciera ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético fuera mayor de cinco años y se llegó a distinguir entre delitos graves y no graves.

Se estableció que se podría negar la libertad provisional a solicitud del ministerio público, cuando el acusado hubiera sido condenado previamente por algún delito grave y dicha representación social aportará elementos para establecer que por su conducta, circunstancias y características del delito representará un riesgo para el ofendido y la sociedad.

La reforma publicada al artículo 20 Constitucional en 3 de julio de 1996 negaba la libertad provisional únicamente, 1.- cuando el acusado hubiera sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave, y 2.- cuando la representación social aportará elementos de prueba, para establecer que por su conducta, circunstancias y características del delito representará un riesgo para el ofendido y la sociedad. La cual fue considerada como restrictiva para que el acusado obtuviera su libertad provisional.

Sin embargo, con la reforma Constitucional de 2008 aun cuando se vislumbró a la prisión preventiva, como una excepción cuando otras medidas cautelares no fueran

suficientes estableció seis supuestos: 1.- para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, 2.- garantizar el desarrollo de la investigación, 3.- contempló la protección de la víctima, 4.- que exista peligro para los testigos (criterio nuevo), 5.- exista peligro para la comunidad y 6.- cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado.

Cabe destacar que para imponer prisión preventiva a nivel internacional, en países que adoptaron el proceso penal acusatorio, lo realizaron bajo tres supuestos: peligro de sustracción de la acción de la justicia y peligro u obstaculización en el desarrollo del proceso y peligro para la víctima.

Sumando a lo anterior en el año 2019 el Congreso de la Unión reformó el artículo 19 Constitucional, agregando nuevos delitos, así como considero delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. Con lo que se puede señalar que la reforma de 2008 es la que más limita la posibilidad a obtener la libertad del imputado, sólo quedó como una buena pretensión que la prisión preventiva fuera una excepción al artículo 19 Constitucional párrafo segundo.

Los delitos de prisión preventiva oficiosa se encuentran descritos en los artículos 19 Constitucional párrafo segundo y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, porque así lo determinó el legislador, sin embargo concebir la prisión preventiva oficiosa como obligatoria en razón del tipo de delito y que no medie la petición del ministerio público en su imposición, así como que no sea valorada caso por caso y no basarse en una norma obligatoria como medio de contención a la delincuencia, lo que implica se debiliten diversos derechos humanos como el debido proceso, derecho a la libertad, igualdad ante la ley y la presunción de inocencia, que repercute en el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Tratados Internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) de los que el Estado Mexicano es parte.

De lo anterior podríamos señalar que los jueces tendrían la obligación para aplicar el principio pro persona, al aplicar dos normas jurídicas, en este caso los preceptos que establecen los catálogos de delitos con prisión preventiva oficiosa y las disposiciones internacionales que regulan la prisión preventiva, teniendo la obligación de preferir la más protectora o que menos restrinja el ejercicio de los derechos humanos, sin importar la ubicación de jerarquía, lo cual no es procedente en atención de al criterio de la Suprema Corte que en lo medular señala "...De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional..."¹⁶⁵

Criterio que derivo de la Contradicción de Tesis 293/2011 que abría la posibilidad para permitir la aplicación plena del principio pro persona, como lo han planteado los organismos internacionales de derechos humanos, y que lo anulo.

A pesar de los anterior existen excepciones para que ministerio público no solicite se imponga esa prisión preventiva y se sustituya por otra medida cautelar o bien cuando exista voluntad de las partes, para celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, como se establece el artículo 167 párrafo antepenúltimo y penúltimo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El delito de encubrimiento por receptación no es de los delitos que amerita prisión preventiva oficiosa, sin embargo, da la pauta a que el ministerio público solicite al juez que lo vincule a proceso, e imponerle la prisión preventiva justificada cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado o esté siendo procesado o haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso, como lo establece el artículo 19 Constitucional, y si bien nuestro

¹⁶⁵ Tesis P./J.20/2014 (10ª). Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 202. Registro Digital 2006224.

máximo Tribunal ha señalado lo que debe observar la representación social en la siguiente jurisprudencia:

PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR CON BASE EN APRECIACIONES SUBJETIVAS DEL JUEZ DE CONTROL ES ILEGAL. Hechos: El quejoso reclamó en el juicio de amparo indirecto la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada. El Juez de Distrito negó la protección constitucional y, en su contra, aquél interpuso recurso de revisión. Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada con base en apreciaciones subjetivas del Juez de Control, como por ejemplo, que la detención del imputado se efectuó fuera del Estado en el que se pretende su comparecencia, que viaja frecuentemente, cuenta con diversos domicilios, o por sus circunstancias económicas, que inciden en la posibilidad de trasladarse y abandonar la ciudad, es ilegal. Justificación: Lo anterior, porque la prisión preventiva es una medida excepcional y su imposición sólo procede cuando no haya otras idóneas para lograr el fin buscado, ya que es al Ministerio Público a quien corresponde demostrar la necesidad de aplicarla, pues al tener el carácter de excepcional, debe justificarse fehacientemente por qué ninguna de las restantes medidas cautelares resulta suficiente para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, pues así lo establece el artículo **19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**¹⁶⁶

Como se puede observar señala las directrices que establece el artículo 19 Constitucional, que como medida excepcional sólo procede su imposición cuando no hay otras medidas idóneas para lograr garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, sin embargo, se advierte que queda al ánimo o interés del ministerio público, para que éste puede hacer la petición y a la intención y deseo del juez para resolver sobre su procedencia máxime si se considera que dicha jurisprudencia señala que pueden existir apreciaciones subjetivas por parte del juez de control. De lo que se advierte que puede utilizarse como moneda de cambio y como una coacción del ministerio público al imputado para no solicitar la prisión preventiva justificada.

¹⁶⁶ Tesis XVII.I°P.AJ/34 P (10°). Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Undécima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 4, Agosto de 2021, Tomo V, página 4739. Registro Digital 2023411.

La prisión preventiva puede llegar a constituir un retroceso al Sistema Penal Acusatorio, si se insiste en aumentar su catálogo de delitos y que no se encuentra limitada a la excepcionalidad, donde se deberá de valorar de manera libre y lógica los elementos de convicción y los hechos que se investigan para determinar su procedencia. De lo contrario seguirá estando la prisión preventiva sobre los derechos humanos, perdiendo la esencia que constituye el proceso, que consiste en investigar y no como un medio de detener y encarcelar de manera fácil, que constituye una pena anticipada.

4.4 EL ENCUBRIMIENTO ANTE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Con la reforma de 2011 desapareció el concepto de garantías individuales por la incorporación de derechos humanos, que ahora tiene un alcance en la Constitución y en los Tratados Internacionales, por lo tanto, la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad conlleva a la obligación del Estados a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

La presunción de inocencia como se ha señalado se encuentra reconocida en nuestra Constitución en el artículo 20, apartado B, fracción I, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en su artículo 9, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se contempla en su artículo 11, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 8, Garantías Judiciales, en su numeral 2, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 13 y en el artículo 113, reconociéndose ese derecho a la presunción de inocencia en todas la etapas del procedimiento hasta en tanto no se emita una sentencia que declare la culpabilidad del imputado.

Sin embargo, dicho principio se opone con el tipo penal establecido en el artículo 243 en su párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal al señalar:

“Se impondrá prisión de 2 a 7 años de prisión, y de cincuenta a ciento veinte días multa, a quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él, adquiera posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte el o los instrumentos, objetos o productos de aquél,

con conocimiento de esta circunstancia si el valor de cambio no excede de quinientas veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente...”

Eso es así, ya que en su parte final como elemento subjetivo específico, diverso del dolo, señala “con conocimiento de esta circunstancia”. Esto es, que el imputado tenga conocimiento de que el instrumento, objeto o producto que posea u oculte derive de un delito, lo cual no representa un propósito específico, solo duplica o refuerza la voluntad dolosa, pues el dolo, implica conocer los elementos objetivos del hecho típico, y por lo tanto el origen ilícito de los objetos, que es uno de esos elementos, como lo establece el artículo 18 del Código Penal del Distrito Federal.

Desde esa perspectiva corresponde al ministerio público acreditar dicho elemento subjetivo específico, nuestro máximo Tribunal determinó “...con base en datos objetivos y mediante un razonamiento lógico, deben verificarse las circunstancias demostrativas que hagan evidente, no sólo que el sujeto activo sabía de la existencia de los objetos y conforme a ello, ejerció un poder de disposición que le permitía tanto poseerlos como ocultarlos, sino también el conocimiento de que los bienes derivan de la comisión de un delito, esto es, debe quedar comprobada la vinculación entre los objetos y los sujetos a quienes se atribuye la acción...”¹⁶⁷

Sin embargo, ese elemento subjetivo específico, no resulta fácil acreditarlo, ya que comprobar la vinculación entre el objeto y el sujeto, implica realizar una minuciosa investigación para conocer como llegó a la esfera del dominio del imputado el objeto, y no basta pretender establecer con apreciaciones subjetivas como que el sujeto tenía conocimiento de que los objetos derivaron de un robo, al habitar un inmueble donde se encontraba el objeto, ignorando quien más tenía acceso al mismo, o argumentando que el precio estaba muy por debajo del precio del mercado del objeto o que no se recibió la totalidad de la documentación que amparaba la transferencia, pues no debe perderse de vista los acuerdos entre las parte que celebraron el acto jurídico

¹⁶⁷. Tesis I.6°.P133 P. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, p. 2114. Registro Digital 161087

El elemento subjetivo específico “con conocimiento de esta circunstancia” presupone como cierta la referida circunstancia, que para el ministerio público no implica más que exponer una carga probatoria mínima para justificar el auto de vinculación a proceso, mientras que para el defensor del imputado resulta todo lo contrario al tratar de demostrar sus pretensiones. Pero atendiendo a que al imputado le asiste el derecho a no declarar y autoincriminarse y por lo tanto el no ofrecer pruebas para desvirtuar que tenía conocimiento de que el instrumento, objeto o producto que poseía u ocultaba deriva de un delito, traería como consecuencia que se le formule vinculación a proceso, como lo ha establecido la Suprema Corte “...en razón de que el ministerio público no presenta pruebas formalizadas para acreditar el hecho y menos la responsabilidad del indiciado, sino sólo hace referencia a datos probatorios que establezcan, en grado de suposición, que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la posibilidad real de que la persona implicada lo cometió o participó en su comisión...”¹⁶⁸ atendiendo a lo establecido en el artículo 19 Constitucional. Pues no resulta necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal, pues no se vas más allá de la directriz constitucional, consistente en que existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que lo cometió o participó en su comisión, en la etapa de investigación.

Es preciso señalar que los elementos subjetivos diversos de dolo, difícilmente se acreditan, ya que cabe recordar que al publicarse el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal el 16 de Julio de 2002, se contemplaron en el tipo penal de Encubrimiento los elementos “ánimo de lucro” y “con conocimiento de esta circunstancia”, sin embargo, atendiendo a que son complicados de demostrar, fue eliminado el ánimo de lucro, ello se observa del Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de fecha 28 de abril del 2003 que señala:

“...Respecto del artículo 243 del Código Penal vigente, se estima necesario eliminar del tipo el “ánimo de lucro” ya que es muy difícil demostrarlo, por lo que

¹⁶⁸ Tesis I.7o.P.130 P (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo III, página 2188. Registro Digital 2021088.

muchas veces no se logran integrar todos los elementos del tipo, lo que favorece la impunidad...¹⁶⁹

En ese sentido atendiendo a esa dificultad que implica acreditar el elemento subjetivo diverso del dolo, “con conocimiento de esta circunstancia” se presenta una atipicidad, que es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, al no acreditarse uno de los elementos de tipo penal de encubrimiento por receptación, como lo establece el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, que señala:

Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

A.- Habrá causas de atipicidad cuando: “...;

II.- (Atipicidad por falta elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;...”

Y sin embargo, aun cuando el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece diversos requisitos para dictar un auto de vinculación a proceso entre los que se encuentra la fracción IV que establece:

IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

Es un elemento ante el cual el ministerio público no presentara pruebas formalizadas para acreditarlo, ya que solo exhibirá elementos probatorios que establecerán la realización del hecho que se señala como delito y su probable intervención del imputado, ya que así lo ha determinado nuestro Máximo Tribunal “...con el objeto de verificar si cumple con los lineamientos de la nueva redacción del referido artículo 19, no es necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal.... para no ir más allá de la directriz constitucional...”¹⁷⁰ Y desafortunadamente aunque se hayan ofrecido datos de prueba, para justificar que no se acredita el elemento

¹⁶⁹ Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, II Legislatura, 2do. Periodo Ordinario del Tercer año de ejercicio, 28 de abril de 2003, Dictamen con Proyecto de Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Nuevo Código Penal Para El Distrito Federal, p. 40.

¹⁷⁰ Tesis: XVII.1º.P.A.J/25 (9a). Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro V, Febrero 2012, Tomo 3, página 1942. Registro digital 160330.

subjetivo diverso del dolo, “con conocimiento de esta circunstancia”, no se atenderá por el juez de control y será hasta la etapa de juicio donde podrán alegarse y allegarse los datos de prueba para la plena demostración de que no se acredita tal elemento subjetivo, lo cual representa un retroceso para la administración de justicia, durante la duplicidad de la vinculación proceso, ya que sobre la presunción de inocencia prevalece la probable responsabilidad. Aunado la violación de diversos derechos del imputado, derivado de esa interdependencia que existe entre ellos y que se expondrán más adelante.

Referente al párrafo tercero del artículo 243 del Código Penal para el Distrito Federal, se confronta al principio de presunción de inocencia, al señalar:

“Cuando el o los instrumentos, objetos o productos de un delito se relacionan con el giro comercial del tenedor o receptor, si éste es comerciante o sin serlo se encuentra en posesión de dos o más de los mismos, se tendrá por acreditado que existe conocimiento de que proviene o provienen de un ilícito.”

Se establece como regla genérica de veracidad que la comisión se realizó de manera dolosa, con dos supuestos, I.- Cuando el tenedor o receptor es comerciante y él o los instrumentos objeto o productos de un delito se relacionan con su giro comercial, y II.- cuando se encuentra en posesión de dos o más de los referidos objetos y no es comerciante. En ambas hipótesis se tendrá por acreditado que el sujeto activo tenía conocimiento de que los instrumentos, objetos o productos provenían de un ilícito; y el dolo queda acreditado por el hecho ser comerciante y haberle encontrado instrumentos, objetos o productos de un delito que se relacionan con su giro comercial o sin serlo se le encuentran dos o más instrumentos, objetos o productos.

Situación un tanto indebida, pues derivado del alto índice de robo de vehículos y de autotransporte que acontecía en la Ciudad de México por la delincuencia muy bien organizada, al existir una repartición de tareas para cometerlos y dada la incapacidad e imposibilidad para investigar por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal dio como solución que se incorporara el 4 de junio del 2004 el tercer párrafo al artículo 243 del Código Penal para el Distrito Federal, con la finalidad de que el ministerio público y los Jueces no tuvieran dificultad para acreditar el cuerpo del delito y la

probable responsabilidad y con ello sancionar quienes se dedicaban a comercializar objetos robados, como se puede observar en el Diario de Debates de fecha 28 de abril del 2004 que en lo medular señala:

“...Siendo el delito de robo de vehículos y de autopartes de los más recurrentes en el Distrito Federal, al grado de tener previstas penas que los convierten en graves, resulta incongruente que las actividades que lo estimulan no sean sancionadas con la misma severidad, es por ello que si bien se estima pertinente y adecuado el incremento de las penalidades para los supuestos del delito de encubrimiento por receptación previsto en el artículo 243 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal...”

“...Por otra parte la manera en que está redactado el tercer párrafo que se propone incluir podría generar problemas en su aplicación, dado que se requerirá que se trate de un comerciante cuyo giro coincida con la especie de los bienes de que se trate o bien que se encuentre en posesión de dos o más de dichos bienes, estimándose que agregando la frase “Se tendrá por acreditado” el conocimiento de la circunstancia a que se refiere el párrafo primero de dicho artículo, se permitirá el ejercicio más adecuado de las funciones del Ministerio Público y del Juez en el procedimiento penal...”¹⁷¹

Lo anterior pone de manifiesto una medida desesperada por parte de los Asambleístas que impusieron a dicho artículo la frase “Se tendrá por acreditado” y con ello otorgar una valoración preestablecida que constituye una prueba tasada ante la ineficiencia del ministerio público para investigar, acreditar el delito y la probable responsabilidad en el encubrimiento de mercancía, cuya finalidad era automatizar el valor establecido en dicho precepto y con ello obligar al indiciado a demostrar lo contrario cuando solicitara la duplicidad del auto de término constitucional o durante el proceso, puesto que se estimó que la balanza del poder del Estado se inclinara desfavorablemente en perjuicio del acusado.

De acuerdo al Autor Zeferin Hernández, la prueba tasada es “La actividad probatoria, como regla genérica, conlleva un resultado procesal que repercute en la determinación que emita la autoridad judicial. Cuando ese efecto es perfectamente determinado por el legislador al crear la ley, a tal grado que vincula

¹⁷¹ Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, III Legislatura, 2do. Periodo ordinario del Primer año de ejercicio, 28 de abril de 2004, Iniciativa de Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversos Artículos...del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pp. 162-163

al juzgador a una valoración preestablecida... sin dar cabida a la apreciación libre del órgano jurisdiccional, estamos en presencia de una prueba tasada.”¹⁷²

Por lo que esa prueba tasada que el legislador fija como un medio de prueba que el juez debe aceptar, así como el valor que debe atribuirse en la etapa de investigación, resultaría difícil sino imposible desvirtuarlo, puesto que se seguirá considerando responsable por el sólo hecho de ser comerciante y que tenga en su poder instrumentos, objetos o productos de un delito relacionados con su giro comercial, o sin ser comerciante se le encuentre dos o más objetos en su poder, lo cual choca con la atribución de los jueces conferida en el sistema procesal acusatorio respecto de una valoración libre y lógica de las pruebas, al no tener que apreciar los elementos de prueba hechos de su conocimiento y menos aún realizar juicios para poder llegar a una conclusión atendiendo a la valoración otorgada por el legislador al redactar el tipo penal de encubrimiento por receptación. Advirtiéndose así una contradicción entre el Código Nacional de Procedimientos Penales.

De lo anterior se advierte una notoria violación a diversos derechos humanos atendiendo a la interconexión que existe entre los mismos y la afectación a alguno de ellos, tiene efectos en el goce y eficacia de otros, como sería al anularse el derecho de defensa que repercute en la presunción de inocencia y, en el derecho a la igualdad ante la ley, al concederse ventajas al ministerio público.

Ahora bien, no se podría suponer que exista la presunción que existe conocimiento de que proviene de un ilícito, cuando el o los instrumentos, objetos o productos de un delito se relacionan con el giro comercial del tenedor o receptor, si éste es comerciante o sin serlo se encuentra en posesión de dos o más de los mismos. Por lo siguiente, “La palabra presunción se integra de la preposición *prae* y el verbo *sunco*: tomar anticipadamente; ya que mediante las presunciones se forma o se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes de que estos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos.”¹⁷³

¹⁷²ZEFERIN Hernández Iván Aarón, Op, cit., p. 115.

¹⁷³ CABANELLAS Guillermo y ALCALA-Zamora Luis, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 12ª edición, Buenos Aires, Eliasta, 1979, Tomo V, p. 390.

En ese sentido la presunción legal, radicaría en que la ley suponga como cierta, determinada circunstancia, en este caso que el imputado tenga conocimiento de que el instrumento, objeto o producto que posea u oculte derive de un delito, sin embargo, ello no puede acontecer, ya que a partir de que la presunción de inocencia se estableció como un derecho humano en la Constitución, el legislador no puede insertar en la ley reglas mediante las cuales se vaya en contra de ese derecho elemental y en ese sentido no podría existir la presunción de que tuviera conocimiento del delito, pues son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

Pero atendiendo a que el derecho regula la conducta del hombre y que la norma penal presupone las posibilidades de la vida del sujeto ante las cuales puede realizar diferentes formas de comportamiento, por lo que la propuesta idónea es que el legislador considere la palabra **Posibilidad** de que existe conocimiento de que proviene de un ilícito, cuando el o los instrumentos, objetos o productos de un delito se relacionan con el giro comercial del tenedor o receptor, si éste es comerciante o sin serlo se encuentra en posesión de dos o más de los mismos.

4.5 DERECHO A LA PRUEBA.

“Prueba. Del latín *probo*, bueno, honesto y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe. En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso....”¹⁷⁴

Refiere Raúl Plascencia Villanueva que para el autor Niceto Alcalá Zamora y Castillo existen cuatro sistemas de valoración de las pruebas: “el ordálico, el legal, el libre, y el de sana crítica o apreciación razonada:

a) Ordálico, es aquel sistema de apreciación de las pruebas que deriva de la divinidad, siendo ésta quien decide lo relativo al valor mismo de la prueba, ateniéndose el juez a los resultados físicos de la ordalía.

¹⁷⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., T. VII, p. 302

b) Legal, este sistema de apreciación se refiere a la situación de que la ley es la encargada de fijar el valor rigurosamente tasado de cada prueba, este régimen se considera como absurdo.

c) Prueba libre, en este sistema el juez aprecia, sin mayor vínculo, el valor que cada prueba le merece, sin cuidar de convencer en torno al porqué de tal determinación.

d) Sana crítica, en este sistema el juez resuelve sobre el valor de la prueba al margen de cualquier paradigma legal, pero fundado y motivando el porqué de su proceder.”¹⁷⁵

El sistema ordálico se utilizaba para llegar al conocimiento de una supuesta verdad a través del poder divino, que aplicaban los pueblos germanos y España en la época medieval. El sistema legal fue adoptado de manera general en los códigos procesales penales de México atendiendo que fijaban valores a las pruebas (prueba tasada que data del inicio de la inquisición). Respecto al sistema de la sana crítica los juzgadores en sus resoluciones debían valorar utilizando las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica.

Con la Reforma Constitucional de 2008, se introdujo cambios en la toma de decisiones de los jueces, dado que implantó conceptos afines con la valoración de la prueba, así el artículo 20, apartado A fracción II, establece.

Artículo 20.-...

A De los principios generales

“ II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y **la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;** ”

Esta valoración libre y lógica implica que el juzgador goza de la libertad de apreciar los elementos de convicción y otorgarle bajo un proceso basado en el pensamiento mediante juicios apoyados en la razón para poder llegar a una conclusión final.

Lo anterior también fue considerado en el Código Nacional de Procedimientos Penales en sus artículos 259, 265, 359 y 402, lo cual trasciende en la valoración de diversos derechos, uno de ellos el derecho a la prueba, el cual se encuentra

¹⁷⁵ PLASCENCIA Villanueva Raúl, “Los Medios de Prueba en Materia Penal,” Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, Nueva Serie año XXVIII, número 83, mayo agosto 1995, p. 721

consagrado en el artículo 20 Constitucional, apartado B fracción IV del imputado y apartado C fracción II de la víctima u ofendido de la Constitución, el primer apartado establece:

“ IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley...”

Así también la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 8. Punto 2. Inciso f), lo contempla de la siguiente manera:

“...f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...”

El derecho a ofrecer pruebas no solo se limita a ser: 1) el medio oportuno de presentar los medios de prueba pertinentes; 2) que los medios de prueba sean admitidos; y 3) que previa admisión sean desahogados, sino que también sean a) valorados correctamente y, b) se motive en la decisión final que adopte el juez de manera justificada, ello atendiendo al criterio de progresividad que constituye el avance o mejoramiento en los derechos humanos y el Estado deberá procurar la satisfacción de los mismos, criterio que han sostenido los Tribunales Colegiados en la tesis denominada:

DERECHO A LA PRUEBA. SU RESPETO Y ALCANCE (NOTAS DISTINTIVAS) que en lo medular señala:

“...Ese derecho a probar se respeta cuando en la ley se establecen las condiciones necesarias para hacerlo efectivo, no sólo para que las partes tengan oportunidad de llevar ante el Juez el material probatorio de que dispongan, sino también para que éste lleve a cabo su valoración de manera racional y con esto la prueba cumpla su finalidad en el proceso. Incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido ofrecida la prueba, se desahogue, sino también de que se valore y tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el Juez adopte... la vulneración a este derecho puede darse por diversas razones, algunas de las más comunes: el imposibilitar a una de las partes su ofrecimiento; el no tener en cuenta algunas de las pruebas aportadas, o cuando dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el Juez con manifiesto error o descuido.”¹⁷⁶

¹⁷⁶ Tesis I.3o.C.102 K (10 a). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 66, Mayo 2019, Tomo III, p. 2561. Registro Digital 2019776.

Sin embargo, ese derecho a ofrecer datos de prueba (es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional) o medios de pruebas (son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos) por parte del imputado o su defensor, y que de primera impresión se pensaría salvaguarda el principio de igualdad, ello no es así, puesto que lo derrota en proceso, debido a que el ministerio público sustenta el hecho en datos de prueba, en tanto que el imputado y su defensa sostienen una conclusión y contradicen con razones la imputación con datos y medios de prueba desahogados ante el juez.

En ese sentido en el delito de encubrimiento por receptación, el no desvirtuar que tenía conocimiento de que el instrumento, objeto o producto que poseía u ocultaba deriva de un delito, traería como consecuencia que se le formule vinculación a proceso, y como resultado se le fijará una medida cautelar, de una primera impresión podría señalarse que ello no es trascendental, debido a que no se encuentra privado de su libertad, sin embargo, como efecto secundario, implica que se distraigan recursos físicos y materiales en el órgano de la administración de justicia teniendo que pasar por la etapa intermedia y la etapa de juicio, para llegar a una determinación que se pudo haber tomado en la duplicidad de vinculación a proceso, además de los emolumentos que pudiera haber hecho a su abogado y los tiempos distraídos de sus actividades, así como los actos de molestia que le hayan implicado.

Tomando en consideración que existe la posibilidad que en el delito de encubrimiento por receptación como medida cautelar, se sujete a prisión preventiva justificada, aun cuando el imputado o defensor ofertaran los datos o medios de prueba, como primer problema se enfrentarían a que el Juzgador de la Ciudad de México como práctica común, motiva en la vinculación o su ampliación para no entrar al estudio de los elementos del delito, con la tesis denominada:

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 316 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. PARA DICTARLO ES INNECESARIA LA COMPROBACIÓN PLENA DEL DOLO, PUES ES EN EL JUICIO ORAL DONDE PODRÁN ALLEGARSE LOS DATOS PARA LA PLENA DEMOSTRACIÓN DE ESTE ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL CORRESPONDIENTE.

En el nuevo sistema de justicia penal, a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, para el dictado de un auto de vinculación a proceso, previsto en el artículo **316 del Código Nacional de Procedimientos Penales**, no se exige la comprobación del cuerpo del delito, ni la justificación de la probable responsabilidad, pues sólo deben aportarse datos de prueba de los que se adviertan la existencia de un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad en la comisión o participación del activo, dado que esa resolución sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio. Ello es así, pues del análisis de la exposición de motivos de la referida reforma constitucional, se advierte que la intención del legislador fue establecer un nivel probatorio razonable, tanto para la emisión de la orden de aprehensión, como del auto de vinculación a proceso, de manera que basta que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en éste; elementos que resultan suficientes para justificar racionalmente que el inculcado sea presentado ante el Juez de la causa, a fin de conocer formalmente la imputación de un hecho previsto como delito con pena privativa de libertad por la ley penal, y pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio. Ahora bien, en los delitos que requieren para su actualización del acreditamiento del dolo, corresponde al Ministerio Público de la Federación su comprobación, atento al principio de presunción de inocencia; pero dicho elemento, al ser de carácter subjetivo, deberá ser valorado por el juzgador hasta el dictado de la sentencia, atento a las pruebas que al efecto haya aportado el Ministerio Público. Así, la demostración plena del dolo es innecesaria para dictar el auto de vinculación a proceso, pues será en el juicio oral donde podrán allegarse los datos para la plena demostración de tal elemento subjetivo del tipo penal correspondiente...¹⁷⁷

Lo cual constituye una equivocación por parte del máximo Tribunal al considerar que para dictar un auto de vinculación a proceso basta la existencia de un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de la comisión o participación del imputado, aun tratándose de delitos que requieren acreditar que se ha realizado un determinado propósito con conciencia y voluntad del sujeto (dolo), y con ello poder confirmar la prohibición de la conducta, pues el legislador así lo considero en el tipo penal y en ese sentido comprobarlo es medular pues su ausencia daría lugar que a la excluyente de atipicidad de la conducta (artículo 29 apartado A , fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal). Pues el pretender que el dolo sea valorado por el juez hasta el dictado la sentencia, si se le impuso como medida cautelar la prisión preventiva, traerá consigo violaciones a diversos derechos humanos como la libertad, la presunción de inocencia, defensa adecuada, etc. Perdiendo de vista

¹⁷⁷ Tesis XXIII. 10 P (10a) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 39, febrero 2017, Tomo III, p. 2168. Registro Digital 2013696.

que la existencia de la vinculación a proceso y su ampliación en buena medida obedece a la prisión preventiva, y en ese sentido al ser concebido y regulado por el legislador fue con la única finalidad que el acusado y su defensor pudieran hacerse llegar más y mejores pruebas de descargo, atendiendo a que los términos y plazos procesales resultaban mínimos.

En ese sentido tratar de justificar que en el delito de encubrimiento por receptación establecido en el artículo 243 párrafo primero Código Penal para el Distrito Federal, que no se acredita el elemento subjetivo diverso del dolo, “con conocimiento de esta circunstancia” y con ello se presenta una causa de atipicidad establecida en artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción II (falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate), atendiendo al criterio equivocado de la tesis y de la adopción errónea por parte de los jueces será hasta la etapa de juicio, y una vez que se dicte sentencia, cuando se pueda determinar la atipicidad, rompiendo con el propósito que buscaba el legislador al considerar la duplicidad en el término constitucional de ofrecer más y mejores pruebas de descargo.

Tratándose del delito encubrimiento por receptación establecido en el artículo 243 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, bajo la hipótesis “Cuando el o los instrumentos, objetos o productos de un delito se relacionan con el giro comercial del tenedor o receptor, si éste es comerciante o sin serlo se encuentra en posesión de dos o más de los mismos, se tendrá por acreditado que existe conocimiento de que proviene o provienen de un ilícito.” En la vinculación a proceso o la ampliación a la vinculación a proceso, como ya se señaló, bajo ambas hipótesis se tendrá por acreditado que el sujeto activo tenía conocimiento de que los instrumentos, objetos o productos provenían de un ilícito; y el dolo queda acreditado por el hecho de ser comerciante y encontrarse instrumentos, objetos o productos relacionados con su giro o sin serlo se le encuentran dos o más instrumentos, objetos o productos, atendiendo a que ello constituye una prueba tasada y aun cuando aportará los datos o medios de prueba, bajo el criterio señalado en líneas anteriores con la referida tesis el dolo será valorado hasta sentencia.

Resulta pertinente aclarar que en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados que dio origen a la reforma penal de 2008, también se contempló de manera excepcional en qué momento sería necesario acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, al establecer:

“...Prevén como excepción que sólo cuando sea necesario decretar la medida cautelar extrema, es decir la prisión preventiva, se requerirá que el ministerio público pruebe, ante la autoridad judicial, la existencia del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del inculpado, toda vez que esta exigencia es una protección que debe permanecer, cuando se trata de justificar una medida tan intrusiva como la prisión preventiva.”¹⁷⁸

Situación que expone, que el legislador también considero que cuando se impusiera prisión preventiva se tendría que comprobar la tipicidad, la antijuricidad y la posible culpabilidad, para justificar una medida que restringe, el segundo bien más importante, como lo es la libertad, lo cual resultaría oportuno tratándose de delitos en que opere la prisión preventiva oficiosa, por esos abusos y arbitrariedades que se llegan a presentar.

Ahora bien, los Tribunales Colegiados como se advierte en la tesis referida, solo señalan, que la intención del legislador fue establecer un nivel probatorio razonable y por lo tanto, el dolo se debe estudiar hasta sentencia, contraviniendo el principio de contradicción, debido a que la defensa se verá impedida para expresar lo que su criterio considere oportuno e invocar datos de prueba idóneos y pertinentes con la finalidad de confrontar y contradecir lo que exponga el ministerio público y con ello su teoría del caso (es el plan que la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sostienen y los fundamentos jurídicos que lo sustentan) carecerá de sentido, por tanto el imputado no tiene el mismo derecho para ser escuchado, destrozando con ello también el principio de igualdad ante la ley que contempla el artículo 1 Constitucional, así como el artículo el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección a la ley.”

El Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece:

¹⁷⁸ Dictamen de la Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de justicia... con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Cámara de Diputado 12-12-2007. Proceso Legislativo. Decreto 89, LX Legislatura. p. 4.

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación así igual protección de la ley...”

Derecho que también se consideró en el artículo 11 del Código Nacional de Procedimientos Penales

Violentándose el derecho de una defensa, debido a que precisamente lo constituye esa protección que el abogado debe hacer de los derechos e intereses del imputado, a través de su intervención, la que se ve coartada, el cual es un derecho fundamental de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 10 establece:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Por lo tanto, no basta que cuente con un abogado, si no que no pueda hacer una defensa técnica, en favor del imputado que implica el poder demostrar la ausencia de alguno de los elementos básicos del tipo (atipicidad). De ahí que la afectación a alguno de los derechos del imputado, tiene efectos en el goce y eficacia de otros derechos, derivado de esa interdependencia que existe entre ellos.

Pero la prueba tasada no se limita a la etapa de investigación, debido a que con las pruebas que se vinculó a proceso podría servir para fundar la sentencia definitiva, ya que el artículo 259 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su párrafo tercero establece:

“...Los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, **salvo las excepciones expresas previstas por este Código y en la legislación aplicable.**”

Esto es, que se sigue concediendo al juez la facultad de considerar al comerciante o sin serlo porque se le encuentren dos o más instrumentos, objetos o productos, relacionados con su giro como responsable, al ser una prueba tasada. Contrario a lo que establece el artículo 20 Constitucional, que para emitir una sentencia el juez deberá valorar la totalidad de pruebas de manera libre y lógica.

4.6 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SU ASPECTO TAXATIVIDAD

El principio de legalidad compete también al nuevo orden internacional de los derechos humanos, al constituirse en una garantía necesaria para la protección de los derechos fundamentales y si bien las obligaciones derivan para los Estados, al tener la calidad de garante, la función de los organismos internacionales es precisamente promover que se protejan y respeten y para elevar la calidad de vida de los ciudadanos. Pues organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las limitaciones a los mismos deben estar establecido en la ley. Así dicho principio se ha considerado en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que lo intitula Principio de Legalidad y de Retroactividad, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

El principio de taxatividad, implica que el legislador formule en términos precisos los supuestos de hecho en las normas penales, no puede y no debe existir una vaguedad en los conceptos usados, para determinar los hechos que puedan ser punibles o comportamientos penalmente prohibidos. Ya que el artículo 244 del Código penal para el Distrito Federal establece:

“Artículo 244. Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y **no adoptó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella**, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.”

De la conducta que describe el artículo se advierte una acción y una omisión, la primera al señalar que: a) La persona al recibir en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito; y la omisión b) no adoptar las precauciones indispensables para cerciorase de la procedencia o asegurarse de que la persona de quien recibió el objeto o producto tenía derecho a disponer de él.

En ese sentido resulta necesario establecer que se entiende por precaución e indispensable. El diccionario de la Lengua Española define Precaución.- Reserva,

cautela para evitar o prevenir los inconvenientes dificultades o daños que pueden temerse.

Indispensable.-1.-Que no se puede dispensar. 2. Que es necesario o muy aconsejable que suceda.

Por lo que la persona que por venta, prenda o bajo cualquier concepto recibiera el instrumento, objeto o producto de un delito, tenía que adoptar con cautela las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella. Situación que no resulta clara y menos aún precisa, dado que cada persona desde su juicio o decisión puede actuar con cautela y tomar las medidas necesarias realizando una o varias actividades que estime pertinentes y cumplir con esa obligación que establece el precepto, el problema resulta si a criterio del juez cumplió con esa obligación, porque como experto en derecho, podría determinar que debía realizar diversas actividades, atendiendo a los actos jurídicos por los cuales se puede recibir el instrumento, objeto o producto, como la venta, prenda o bajo cualquier otro concepto.

El otorgar esa facultad al Juzgador, para que interprete lo que a su juicio es que el gobernado cumplió, al haber actuado con cautela y tomar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien recibió el instrumento, objeto o producto tenía derecho para disponer de ella o no, constituye una violación al principio de legalidad, ya que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su párrafo tercero establece:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

De conformidad con el principio de legalidad en su vertiente taxatividad, no debe considerarse como delito un hecho que esté señalado de manera imprecisa en el Código Penal, pues ello crearía incertidumbre en cuanto a la tipicidad de una conducta, debido a que otorgaría un juicio de valoración en una actividad de

interpretación que puede variar dependiendo la trascendencia que le otorgue el Juzgador, por ello la exigencia de certeza de las normas penales implica, por un parte que el legislador emita leyes claras y precisas, por otra que el juzgador en la aplicación únicamente se constriñe a lo que establecen las mismas y no de pauta para que las interprete.

En ese sentido no se puede imponer pena o medida de seguridad por una conducta que no esté expresamente prevista en la ley como delito, ya que así lo dispone el artículo 1 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

Artículo 1 (*Principio de legalidad*). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.

Por otra parte, como se puede advertir el delito que se estudia no está dirigido a determinado bien mueble (son aquellos bienes que son tangibles y se pueden trasladar de un lugar a otro) si no a la generalidad de bienes que sean susceptibles de receptación y en ese sentido, lo lógico resultaría que el tipo penal estableciera cuales resultan ser las “precauciones indispensables” en todos los bienes muebles que sean sujetos a los diversos actos jurídicos como lo son venta, prenda, arrendamiento, mandato, transporte, etc.

Entendiendo como Acto Jurídico: “...la manifestación de voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido concede el ordenamiento jurídico...”¹⁷⁹

Situación compleja el tratar de adecuar el tipo penal, atendiendo a la diversidad de actos jurídicos que se celebran y que el legislador tendría que precisar.

En esa búsqueda de no vulnerar el principio de legalidad, como ejemplo los legisladores del Estado de México en el delito de encubrimiento por receptación

¹⁷⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., T. I, p. 83.

establecieron en el artículo 152 fracción II párrafo tercero y cuarto Código Penal del Estado de México, lo siguiente:

“...Se entiende por adoptar las precauciones indispensables, contar con la documentación que acredite la propiedad o posesión del bien, como la factura, contrato de arrendamiento, endoso, entre otros.

Para el caso de vehículos automotores se entiende por adoptar las precauciones indispensables, cuando en la documentación probatoria de transmisión de la propiedad se establezca la fecha de adquisición y el precio de su transmisión, el nombre, el domicilio y el número de identificación oficial del vendedor, así como la constancia o certificación obtenida electrónicamente, de que el vehículo no aparece en la base de datos de autos robados del Registro Público Vehicular al momento de la compra-venta....”

Sin embargo, no puede señalarse de manera aislada como “precauciones indispensables” que se cuente con documentación que acredite propiedad o posesión, como factura, contrato de arrendamiento y endoso, entre otros. Porque se volvería a esa indeterminación, respecto a otro tipo de actos jurídicos, que no se precisen y que eventualmente podría presentarse. Ahora bien tratándose de vehículos automotores, como erróneamente lo concibieron los legisladores, dicha previsión es ajena a la totalidad de actos jurídicos que se celebran día a día en el Estado de México, que lejos de aportar legalidad únicamente tratándose de vehículos automotores, exhibe también una violación al principio de legalidad, puesto que no existe una disposición donde se encuentre establecida la normatividad a seguir como lo establecen ellos en la compraventa de vehículos automotores y si bien existen recomendaciones del Gobierno Federal, respecto a la compra de vehículos usados, no existe la previsión que obligue vendedores y compradores a observar determinada disposición.

Por lo anterior, el gobernado como medida de protección al ubicarse en el supuesto que establece el tipo penal en su artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, de encubrimiento por receptación, tendría que recurrir al juicio de amparo, al violarse sus derechos humanos, de manera específica el principio de legalidad en su vertiente taxatividad, por esa omisión del legislador a establecer de manera indeterminada o imprecisa en qué consisten las precauciones indispensables, que resulta también contraria al principio de división de poderes, establecido en el artículo 116 Constitucional y con ello permitiendo al juez interpretar, invadiendo el campo legislativo.

México fue pionero en la protección de los derechos humanos mediante el juicio de amparo, desde la constitución de 1857, reafirmandose en la constitución de 1917, sin embargo debe destacarse que el juicio de amparo no está al alcance de todos los ciudadanos, aun así ha sido el instrumento más eficaz en la protección a los derechos del ciudadano, prueba de ello es que el juicio de amparo, fue retomado por organismos internacionales no de manera exacta pero sí considerando que fuera un recurso sencillo y breve al cual se ampare al ciudadano por actos que violen algunos derechos fundamentales.

Si bien la Constitución es un medio de protección a los derechos humanos, no es obstáculo para que esos derechos se violenten a pesar de la cantidad de tratados internacionales que en materia de derechos humanos ha reconocido el Estado Mexicano por lo que el amparo se constituye como el derecho humano que protege a los derechos humanos, pues como se ha señalado es un recurso que deben observar los Estados que han suscrito Tratados Internacionales para proteger y respetar los derechos humanos a los que se comprometieron.

Sin embargo, se advierte que atendiendo a esos derechos humanos que se salvaguardan a nivel Internacional se ha determinado la ineficacia del juicio de amparo para garantizar su observancia, atendiendo a que existen casos que se han sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con posterioridad enviados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no haber dado cumplimiento a las recomendaciones el Estado Mexicano por violaciones a derechos humanos, y sobre los cuales posteriormente la Corte emite su sentencias que tiene el carácter de vinculante, esto es obligatorias, al haber México conferido competencia

4.7 DERECHO DE DEFENSA

El autor Cruz Barney Oscar, define el derecho de defensa como “la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona,

en juicio y ante las autoridades, de manera que asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y contradicción” ¹⁸⁰

Es un derecho fundamental de todo acusado reconocido en la constitución en su artículo 20 apartado B fracción VIII que establece:

“Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y”

Así como diversos tratados internacionales consideran el derecho a defensa, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, numeral 3. Inciso b) que establece:

“A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;”

La Naciones Unidas también lo consideraron en su Octavo Congreso, sobre Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente al aprobar los Principios Básicos sobre la función de los abogados cuya finalidad es ayudar a los Estados miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y practica nacionales. Siendo considerados, bajo dichos principios a los abogados como “...agentes fundamentales de la administración de Justicia.”¹⁸¹

La finalidad de contar con un abogado por parte del inculpado, es que tenga la posibilidad de preparar libre y plenamente una defensa de acuerdo a las exigencias que no solo implica el conocimiento de la teoría del delito, sino también del procedimiento penal, enfocado a cumplir con el propósito que es demostrar que el

¹⁸⁰ CRUZ Barney Oscar, La Defensa a la Defensa y la Abogacía en México, Cuadernos de Abogacía, N°1, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2013, p. 3.

¹⁸¹ Octavo Congreso de la Naciones Unidad sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana 27 de Agosto a 7 de septiembre de 1990. p. 129

delito no existe porque se presenta un aspecto negativo del mismo y por ende sirvió como excluyente del delito.

La defensa adecuada como esencia es una prohibición para el Estado, para no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del imputado, sin embargo, esa libertad del abogado en el ejercicio de la defensa, como ya lo señalamos en el punto que antecede, se ve obstaculizada y violentada por algunos jueces de la Ciudad de México que invocan la tesis denominada **AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 316 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. PARA DICTARLO ES INNECESARIA LA COMPROBACIÓN PLENA DEL DOLO, PUES ES EN EL JUICIO ORAL DONDE PODRÁN ALLEGARSE LOS DATOS PARA LA PLENA DEMOSTRACIÓN DE ESTE ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL CORRESPONDIENTE**, para no resolver de fondo alguna causa de exclusión de delito, quebrantando la libertad de expresión del profesionista, debido a que no permiten al mismo defender los derechos de su cliente, destrozando los principios de igualdad y contradicción, vulnerando con ello una defensa sustantiva.

Esto es así, porque el artículo 244 del Código penal para el Distrito Federal establece:

“Artículo 244. Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y **no adoptó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella**, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.”

En ese sentido la persona que por venta, prenda o bajo cualquier concepto recibiera el instrumento, objeto o producto de un delito, tenía que adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella. Como ya se precisó no resulta precisa y menos clara, respecto a cuáles son esas precauciones indispensables, por lo que si la persona refiere que le mostró y entregó una copia de la factura del objeto o producto, con ello la persona adoptó la precaución indispensable para asegurarse de la procedencia o de que de la persona que lo

recibió tenía derecho a disponer de ella, y si para el ministerio público y posteriormente para el juez, a su criterio no se adoptaron esas precauciones, el imputado a través de su defensor al solicitar la ampliación de la vinculación a proceso y ofrecer los datos o medios de prueba respectivos y señalar que se encuentra ante una causa de exclusión del delito, pues el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

A.- Habrá causas de atipicidad cuando:

“...;II.- (Atipicidad por falta elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito [de que se trate;...”

El elemento normativo que no se acreditaría sería el “**no adoptó las precauciones indispensables**”, y que desafortunadamente será hasta la etapa de juicio oral, donde podrán determinarse que se encuentran ante una causa de exclusión del delito, como lo es la atipicidad al faltar un elemento normativo del tipo penal, lo cual representa una violación a la defensa adecuada al entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del imputado, destrozando los principios de igualdad y contradicción, vulnerando con ello una defensa sustantiva y quebrantando la libertad de expresión del profesionista e impidiendo o limitando ese derecho a ejercer su profesión, debido a que la afectación a alguno de los derechos del imputado tiene efectos en el goce y eficacia de otros derechos, derivado de esa interdependencia que existe en los derechos humanos.

Tratándose de causas de exclusión del delito en cualquier estado del procedimiento, de oficio o a petición de parte los jueces deberán pronunciarse tal como lo establece el artículo 29 párrafo penúltimo del Código Penal para el Distrito Federal, pues ello constituye un elemento negativo del delito, ya que cuando sobrevenga alguna de las hipótesis de las cuales dicho precepto excluya una conducta humana considerada como típica, antijurídica y culpable, no es viable continuar con la actividad jurisdiccional, ya que ello constituiría un acto jurídico irrelevante para el derecho penal, al no justificarse el *ius puniendi*, en la medida en que la facultad sancionadora del Estado queda anulada.

4.8 EL DERECHO A NO DECLARAR ANTE LA INMEDIATEZ PROCESAL

El proceso legislativo que llevó para evitar arrancar declaraciones de las personas acusadas de algún delito y asegurar confesiones fidedignas, se vio culminado con la Constitución de 1917, que estableció ese derecho de que el acusado no podría ser compelido a declarar en su contra, sin embargo, en los hechos siguió siendo una práctica común obtener confesiones que se volvían irrefutables de muy diversas formas, como el que policía de investigación obtenía una confesión mediante tortura y ella se encontraba corroborada con otras pruebas que la hicieran creíble, no por la actitud de dicho policía se debía poner en libertad al responsable, criterio que operaba en la Suprema Corte de Justicia de la Nación Y que sostuvo en una jurisprudencia del año de 1995.

Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 8, Garantías Judiciales, en su numeral 2, inciso g) contempla ese derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declarar.

Derivado de la reforma de 18 de junio de 2008, el artículo 20 Constitucional considero ese derecho a declarar o guardar silencio, sin embargo todavía existe reticencia de parte de los juzgadores a valorar en su real dimensión la primera declaración del imputado, en la que se advierta una coacción para obtenerla, por lo tanto en el año 2018 el Máximo Tribunal ha sostenido dejar de aplica diversas tesis relacionadas con esas primeras declaraciones, al señalar "...Dichos criterios no sólo permitían, sino que prácticamente obligaban al juzgador a dar prevalencia a la espontaneidad y a la llamada falta de aleccionamiento del inculpado o de los coinculpados y, en todos ellos, puede apreciarse una preocupación latente: otorgar valor preponderante a todo aquello que pudiera indicar la culpabilidad de una persona. Además, el juez estaba autorizado para buscar activamente la culpabilidad del inculpado y, por ello, se partía de una lógica que es incompatible con los criterios actuales sobre el principio de presunción de inocencia...."¹⁸²

¹⁸² Tesis 1a. CCLVI/2018 (10a). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Instancia Primera Sala. Libro 61, Diciembre de 2018, tomo I, p. 331. Registro Digital 2018688.

Así también, en dicho criterio se determina que el concepto de inmediatez no es un principio rector del proceso penal, y determina aplicar la inmediatez procesal de forma que no viole, obstruya o se contraponga con aquellos principios que sí dan una identidad material al proceso penal protegido por la Constitución y los tratados internacionales en derechos humanos. Lo que pone de manifiesto dejar utilizar criterio erróneo que fue aplicado de manera sistemática en el pasado, pero que se contrapone con el Sistema Penal Acusatorio y los derechos humanos.

El derecho a la no auto incriminación resulta ser ese derecho del imputado que frente a la autoridad decide no confesar o confesarse culpable, y que en el sistema mixto o tradicional, con la existencia de la prueba tasada, las confesiones rendidas ante autoridad se les concedía pleno valor probatorio, pese al hecho de que en múltiples ocasiones eran arrancadas bajo el empleo de la tortura y tratos crueles e inhumanos.

En ese sentido es pertinente señalar, si en el delito de encubrimiento por receptación la defensa considera una estrategia el que su defendido no declare, existe el criterio de Jueces del Sistema Penal Acusatorio, de que el silencio del imputado constituye ser incriminatorio durante las fases primeras del proceso, pues lo consideran que constituye un indicio de responsabilidad, así lo señala la a la que obedece su intervención: "...Permitir al inculcado callar frente a la acusación, reflexionar y esperar la elaboración de la estrategia de defensa que considere más óptima, es parte de lo que implica respetar el derecho a la no autoincriminación...y el derecho a preparar la defensa consagrado en el artículo 8.2.c. de la Convención Americana de los Derechos Humanos...Por ello es incorrecta la idea según la cual el silencio del inculcado durante las primeras fases del proceso constituye un indicio de responsabilidad..."¹⁸³

Lo anterior pone de manifiesto la resistencia a través del tiempo por parte de los jueces penales a observar y respetar el derecho a no declarar, las interpretaciones

¹⁸³ Tesis 1a. II/2016 (10a). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época. Primera Sala. Libro 26, Enero 2016, Tomo III, p. 968. Registro Digital 2010735.

con las se ha pretendido justificar el arrancar confesiones, hasta llegar al grado de considerar la negativa a declarar como un valor indiciario de responsabilidad.

4.9 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO Y LA INAPLICACIÓN DEL TIPO PENAL ESTABLECIDO ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DENOMINADO ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN.

El Control de Convencionalidad constituye un mecanismo de los Estados en la salvaguarda, desarrollo y evolución de los derechos humanos, al complementar la aplicación del derecho interno y tratados internacionales.

Como se ha señalado los jueces están obligados a observar las disposiciones que aplican y que no contravengan los derechos humanos que contempla la Constitución y los tratados internacionales, y si bien no pueden hacer declaraciones de invalidez de dichas normas, si están obligados a dejar de aplicarlas. Y para la interpretación de las normas se debe ponderar los derechos humanos con un criterio más amplio, para estar siempre a favor del hombre, de acuerdo al principio pro persona.

Por lo que atendiendo a ese principio de no contravenir ni lesionar algún derecho humano, los jueces de la Ciudad de México deben observar la jurisprudencia denominada:

“ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN. LOS ARTÍCULOS 275, PÁRRAFO SEGUNDO (VIGENTE HASTA EL 11 DE OCTUBRE DE 2004) Y 275-B (DE ACTUAL VIGENCIA), AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE PREVÉN ESE DELITO, AL CONTENER LA EXPRESIÓN "PRECAUCIONES NECESARIAS" VIOLAN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el **tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a los tipos penales, a fin de evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete de la norma. En ese tenor, del análisis de los artículos **275, párrafo segundo** (vigente hasta el 11 de octubre de 2004) y **275-b** (de actual vigencia), ambos del Código Penal para el Estado de Guanajuato, se concluye que al incluir la expresión "precauciones necesarias" como uno de los elementos constitutivos del delito, violan la referida garantía constitucional en tanto contienen un concepto vago,

extensional e intencionalmente, porque impiden al destinatario saber con exactitud si alguna posible precaución es o no necesaria y no determinan todas las características de ese tipo de precauciones; además de que no establecen con claridad en contraste con qué criterios o normas se define lo "necesario" para considerar que las precauciones que se tomaron para cerciorarse de la procedencia lícita de un vehículo fueron las "necesarias". De manera que estos vicios dejan en estado de indefensión al gobernado ante la incertidumbre que generan respecto de las medidas que debe tomar para evitar la actualización del tipo penal en cuestión. Por tal razón, en el contexto normativo en que se presenta y al no contener parámetros objetivos al respecto, la expresión "precauciones necesarias" queda sujeta a un juicio valorativo o a un ejercicio de interpretación que puede variar dependiendo del alcance que pueda darle el juzgador en cada caso, lo que coloca al particular en un estado de inseguridad jurídica, ya que no podrá prever las consecuencias jurídicas de la conducta desplegada u omitida."¹⁸⁴

Resulta necesario señalar que dichos preceptos que cita la jurisprudencia establecían lo siguiente:

"Artículo 275. Será responsable de encubrimiento por receptación, quien sin haber participado en un delito, reciba, adquiera u oculte el objeto, producto o efecto del mismo, a sabiendas de su ilícita procedencia, se le aplicará de tres meses a cinco años de prisión y de veinte a cien días multa.

Si el receptor no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita del bien por no haber tomado las precauciones necesarias para asegurarse de su legítimo origen, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y de diez a cincuenta días multa.

Si se obrare con ánimo de lucro o si el bien receptado fuese vehículo automotor o sus partes, las penas anteriormente señaladas se incrementarán en una mitad.

El mismo incremento se aplicará si el valor de lo receptado excede de mil veces el salario mínimo general vigente en el Estado.

"Artículo 275-b. A quien sin haber participado en la comisión de un delito, cuyo objeto, producto o instrumento fuese un vehículo automotor, lo adquiera sin tomar las precauciones necesarias para cerciorarse de su lícita procedencia, se le impondrá de diez días a dos años de prisión y de diez a cuarenta días multa."

Resultando pertinente señalar que la jurisprudencia constituye "...la interpretación de preceptos legales efectuada por el más alto tribunal de justicia, no crea una norma nueva, sino que interpreta y determina el sentido de la ley, la cual no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza."¹⁸⁵

¹⁸⁴ Tesis 1a./J.109/2006. Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Primera Sala. Tomo XXV, Febrero 2007, p. 296. Registro Digital 173307.

¹⁸⁵ Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Primera Sala. Volumen 57, Segunda Parte, p. 31. Registro Digital 236088.

Por lo que la jurisprudencia como una forma de interpretación que da certeza y precisión a la ley, nuestra legislación concibe su creación mediante tres sistemas: precedentes obligatorios, por reiteración y contradicción (artículos 215, 222, 224 y 226 Ley de Amparo). Y resulta obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la federación y de las entidades federativas (artículo 217 de la Ley de Amparo). En ese sentido, al no ser obligatoria su aplicación para el ministerio público en el desempeño de sus funciones, por deber actuar en estricto apego a la ley (Principio de Legalidad), lo procedente sería promover juicio de amparo para que la autoridad federal obligue a la representación social a observar y aplicar la jurisprudencia.

De la jurisprudencia señalada observamos la obligatoriedad para los jueces del Estado de Guanajuato y que deben de observar los jueces de la Ciudad de México, al existir una similitud con el delito de encubrimiento por receptación establecido en el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, que refiere:

Artículo 244. Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y **no adoptó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella,** se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.

La citada jurisprudencia que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año 2006 expone los vicios en el tipo penal de encubrimiento por receptación establecido en los artículos 275 párrafo segundo y 275- b del Estado de Guanajuato al incluir la expresión “**Precauciones Necesarias**”, violando la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal.

Por lo que se puede advertir que entre ambos tipos penales como elemento normativo del delito a estudio, solo hay una variación en cuanto a las palabras **indispensables** y **necesarias**, la primera como ya lo señalamos de acuerdo al diccionario de la Lengua Española define: **Indispensable**.-1.-Que no se puede dispensar. 2. Que es necesario o muy aconsejable que suceda. **Y necesaria**.1.- Dicho de una persona o una cosa: que hace falta Indispensablemente para algo. 2. Que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder. Se puede advertir que son palabras semejantes que tienen similar significado.

En ese sentido tratándose por humanidad y que no sufran daños las personas que se ubiquen en el supuesto que señala el tipo penal, resulta procedente que se realice una interpretación bonam parte aplicando el control de convencionalidad ex officio por parte de los jueces, debiendo observar los pasos que ha determinado el Tribunal en pleno, siendo los siguientes:

- a) Interpretar en sentido amplio conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;
- b) Interpretar en sentido estricto, que implica que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, deben partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y,
- c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

De acuerdo a lo expuesto podemos señalar que los Jueces en Materia Penal de la Ciudad de México están facultados para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los habitantes de su ciudad, resultando procedente la interpretación por analogía, de la referida Jurisprudencia con el artículo 244 de Código Penal para el Distrito Federal, y como consecuencia de ello realizar un control de convencionalidad ex officio y la inaplicación del tipo penal establecido artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, de todas aquellas personas que se ubiquen en la hipótesis de dicho precepto, hasta en tanto no se modifique, ello en términos de los dispuesto por los artículos 1, 14, y 133 de la Constitución, 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal para el Distrito Federal.

Pues precisamente lo que se pretende, es fortalecer el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar su predominio y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, de los cuales el Estado Mexicano es parte. De tal forma, que el control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces vinculados a la administración de justicia están obligados, de oficio, a realizar una compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, y otros instrumentos internacionales.

Cabe acotar que la Jurisprudencia se emitió en el año 2006 y a la fecha de la terminación del presente trabajo año 2022, han transcurrido 16 años en los que se han violentado los derechos de las personas que se hubieran ubicado en el supuesto establecido en dicho tipo penal, hecho que no es aislado, pues muchos códigos penales de otras entidades federativas retomaron lo establecido en el Código de la Ciudad de México, lo cual pone de manifiesto que casi resulta nulo que las personas en el supuesto, puedan acceder al Juicio de amparo y como excepción se puede señalar el amparo directo 349/2015 que concluyó con la tesis denominada: **“ADQUISICIÓN DE OBJETOS ROBADOS O DE PROCEDENCIA ILEGAL. EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN ABROGADO, QUE PREVÉ ESTE DELITO, AL CONTENER LA EXPRESIÓN "MEDIDAS INDISPENSABLES", VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL.”**¹⁸⁶

¹⁸⁶ Tesis XI.P.8 P (10ª). Gaceta Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 31, Junio de 2016, Tomo IV p. 2728. Registro Digital 2011968.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los Mexicas crearon y mantuvieron un sistema jurídico capaz de prevenir conflictos, que conservara el orden y preservara la cohesión social, por medio de la tradición, usos y costumbres que eran aplicados por el monarca a través de sus órganos, para mantener el equilibrio en las relaciones sociales, políticas y religiosas. Así el encubrimiento se sancionaba con la misma penalidad que el acto que le diera origen, que envolvía una enseñanza derivada de esas faltas o errores.

SEGUNDA.- Durante la Época Colonial, la materia penal se contempló en diversas disposiciones que trataban de contener y controlar los crímenes que se presentaban en la vida cotidiana, de ahí que el delito de encubrimiento, se contemplaba en diversas leyes.

TERCERA.- Durante la época de Independencia en México, ante la falta de leyes propias se siguió aplicando la normatividad española, al tiempo que fue necesario emitir diversas disposiciones para controlar la criminalidad y dar rumbo al país, tal es el caso del Primer Código Penal del Estado de Veracruz.

CUARTA.- El Código Penal Federal de 1871, vino a colocar la base respecto a la figura del encubrimiento por receptación al ser considerado como encubridor de segunda clase. Con su reforma que sufrió dicho delito resultó una innovación al considerarse que se podría adquirir la cosa robada o usurpada por medio de otro delito, y se establecieron las precauciones que se debían tomar al adquirir la cosa.

QUINTA.- Los Códigos Penales de 1929, e inicialmente el de 1931 concibieron al delito de encubrimiento como una forma de participación en el delito principal, que debía ser sancionado como complicidad. Pero a partir de la reforma publicada en 1946 se consideró al delito de encubrimiento como un delito especial y autónomo.

SEXTA.- El Código Penal del 2002 retomó del robo equiparado, (reforma de 1996) los elementos de dicho delito para la creación del encubrimiento por receptación. Estableciéndose en el artículo 243 dos elementos subjetivos, "ánimo de lucro", y

“conocimiento de esta circunstancia”, los cuales resultaron de difícil acreditación. Y el artículo 244 estableció otro elemento difícil de acreditar, “las precauciones indispensables”, las cuales no se precisan en qué consisten. Cabe aclarar que en 1905 el legislador lo consideró en la reforma del Código Penal de 1871.

SÉPTIMA.- Los derechos humanos en un primer momento surgen como necesidad de gozar de libertades y derechos, que eran nulos en la monarquía, posteriormente trascienden derivado del pensamiento humanista y socialista, así mismo influyeron factores económicos, discriminatorios, culturales, religiosos, ambientales, tecnológicos y el avance de las telecomunicaciones para que se diera una evolución en su protección.

OCTAVA.- Con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas se comenzaron a crear una serie de tratados cuyo objeto es que se cumplan y respeten los derechos humanos por parte de los países que la integran y para su vigilancia se crearon la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera tiene como propósito la observancia y defensa de los derechos humanos, en tanto que la segunda es una autoridad judicial autónoma que ejerce una función consultiva y otra jurisdiccional para establecer responsabilidad y vigilar su cumplimiento por violación a esos derechos, al tener un carácter vinculante sus sentencias.

NOVENA.- Como garante de los derechos humanos el Estado Mexicano instauró el Juicio de Amparo en la Constitución de 1857 y lo fortaleció con la Constitución de 1917, como un medio de protección a las garantías, muchos años antes del surgimiento de los organismos internacionales encargados de velar por salvaguardar dichos derechos, los cuales consideraron al juicio de amparo como modelo para que otros países lo adoptaran, considerándose así un derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecen que las personas tienen derecho a un procedimiento sencillo (recurso efectivo) ante los tribunales que los ampare contra actos que violen sus derechos constitucionales. Sin embargo, se ha determinado la ineficacia del juicio de amparo para garantizar su observancia, atendiendo a que

existen casos que se han sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

DÉCIMA.- El Estado Mexicano ha procurado ser garante de los derechos humanos de sus habitantes, en una primera etapa con la Procuraduría de los Pobres en 1847, en una segunda etapa en 1989, a través de la Dirección General de Derechos Humanos dependiente de la Secretaría de Gobernación. Como tercera etapa en 1990 se constituye la Comisión Nacional de Derechos Humanos como órgano desconcentrado de la referida secretaría, la cual diez años después se transforma en un órgano autónomo, denominado Comisión Nacional de los Derechos Humanos, cuyas recomendaciones no son obligatorias (vinculantes). En una cuarta etapa se incorporan diversos derechos humanos (reforma constitucional de 2011).

DÉCIMA PRIMERA.- El Poder Judicial de la Federación, era el único facultado para conocer de violaciones a la Constitución de cualquier órgano del Estado, declarando la inconstitucionalidad de la ley o acto y por ende el único para ejercer ese Control de Constitucionalidad o Control Difuso, ejerciendo con ello un control concentrado. Sin embargo, los jueces de nuestro país están facultados para emitir pronunciamiento y preferir los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los Tratados Internacionales, y sólo podrán dejar de aplicar la norma aplicando un Control de Constitucionalidad y Convencionalidad Ex Officio o Difuso indirecto.

DÉCIMA SEGUNDA.- El principio de legalidad, surge como una necesidad de protección de los individuos frente al poder absoluto de un Estado, cuya finalidad es que la ley penal prevea acciones, que puedan afectar a la sociedad, pero que no puede inmiscuirse en acciones que jurídicamente no fueron conferidas. Por lo que la Taxatividad envuelve a que en la ley penal se constituya de manera clara la conducta que se reglamenta y sanción aplicable por su realización y que el juez únicamente la aplique y no la interprete.

DÉCIMA TERCERA.- El Derecho Penal a través de normas obliga a los integrantes de la sociedad a respetar la defensa de los intereses inherentes a la vida humana y cuando se realiza una conducta contraria a ese derecho, nos encontramos ante

un delito, que para su estudio se desarrollaron cuatro sistemas, cuya finalidad es afirmar la existencia o ausencia del mismo, una responsabilidad y determinar una sanción, se sustenta en un procedimiento científico que crea un sistema de conceptos que pueden presentar diferencias, sin embargo todos como fin persiguen establecer un orden racional debidamente fundamentado de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley.

DÉCIMA CUARTA.- El delito de encubrimiento por receptación implica una conducta posterior del sujeto que contribuye de manera indirecta con el autor de un delito, recibiendo, adquiriendo u ocultando los objetos del delito, con la posibilidad de conocer su origen ilícito, sin embargo atendiendo a la gran cantidad de actos jurídicos que se celebran en la Ciudad de México, puede existir un desconocimiento de quien reciba o adquiera los objetos del delito, y por ello imponer una sanción, lo cual no sería congruente, ya que no es posible encubrir algo desconocido.

DÉCIMA QUINTA.- El párrafo tercero del artículo 243 del Código Penal, no se constituyó como una presunción, sino como una prueba tasada, al no permitir al juez formar un criterio propio, sino que automatiza el valor que debe dar a lo establecido en la ley, que es específico y se encuentra limitado. Por lo que la norma establece una desigualdad que constituye una violación y contradicción al artículo 20, apartado A fracción II, que establece que la valoración de las pruebas, deberá realizarse de manera libre y lógica.

DÉCIMA SEXTA.- Conocer cómo se concibió la prisión preventiva en la Constitución de 1917 y analizar la reformas a la misma, contribuye para concluir que la reforma de 2008 es la que más limita la posibilidad a obtener la libertad del imputado, que solo quedó como una buena pretensión que la prisión preventiva fuera una excepción. Así también es un error jurídico haber considerado que la prisión preventiva (justificada) quedará al ánimo o interés del ministerio público para que éste pueda hacer la petición, sin una adecuada motivación, y a la intención y deseo del juez para resolver sobre su procedencia.

DÉCIMA SÉPTIMA.- La defensa adecuada como esencia, es una prohibición para el Estado de no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del imputado, sin

embargo, esa libertad del abogado en el ejercicio de la defensa, se ve obstaculizada y violentada por algunos jueces de la Ciudad de México, al no entrar al estudio de alguna causa de exclusión.

PROPUESTAS

PRIMERA.-Se propone que el legislador reforme el artículo 243 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

Se impondrá prisión de 2 a 7 años de prisión, y de cincuenta a ciento veinte días multa, a quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él, adquiera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte el o los instrumentos, objetos o productos de aquél, con conocimiento de esta circunstancia si el valor de cambio no excede de quinientas veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente.

Si el valor de éstos es superior a quinientas veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, se impondrá de 5 a 10 años de pena privativa de libertad y de doscientos a mil quinientos días multa.

Cuando el o los instrumentos, objetos o productos de un delito se relacionan con el giro comercial del tenedor o receptor, si éste es comerciante o sin serlo se encuentra en posesión de dos o más de los mismos, se tendrá por acreditado que existe conocimiento de que proviene o provienen de un ilícito.

Se elimine del párrafo primero, el elemento subjetivo diverso al dolo, “con conocimiento de esta circunstancia” al resultar difícil su acreditación, aunado a que no es posible encubrir algo desconocido, y en su lugar se señale **“con la posibilidad de conocer esta circunstancia”**.

Se elimine del párrafo tercero la frase “se tendrá por acreditado” y en su lugar señale **“con la posibilidad de que existe”**

SEGUNDA.- Se propone que el legislador reforme el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, que señala:

Si el que recibió en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto el instrumento, objeto o producto de un delito, después de su ejecución, sin haber participado en él y no adoptó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, se le impondrán las penas previstas en el artículo anterior, en la proporción correspondiente al delito culposo.

Se adicione **“Se entenderá por precauciones indispensables contar con la documentación correspondiente del acto jurídico realizado.”**

TERCERA.- El Gobierno de la Ciudad y las Alcaldías deberán llevar a cabo programas de información a la población, para que todo acto jurídico que realicen en dicha entidad, deberá contar con la documentación correspondiente del acto jurídico celebrado, para en lo futuro evitar cualquier problema legal, por adquirir objetos que cuenten con reporte de robo o deriven de otro delito. En ese sentido dichas autoridades deberán verificar que todas las personas que ejerzan actos de comercio, solo comercialicen mercancía de procedencia legal y se vigile para que expidan la documentación respecto a la celebración del acto jurídico.

CUARTA.- Los Jueces en materia Penal de la Ciudad de México deberán interpretar por analogía la Jurisprudencia **“ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN. LOS ARTÍCULOS 275, PÁRRAFO SEGUNDO (VIGENTE HASTA EL 11 DE OCTUBRE DE 2004) Y 275-B (DE ACTUAL VIGENCIA), AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE PREVÉN ESE DELITO, AL CONTENER LA EXPRESIÓN "PRECAUCIONES NECESARIAS" VIOLAN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL,** con el artículo 244 de Código Penal para el Distrito Federal, y como consecuencia de ello, realizar un Control de Convencionalidad ex officio y la inaplicación del tipo penal establecido en el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal, de todas aquellas personas que se ubiquen en la hipótesis que contempla el precepto penal.

QUINTA.- Tratándose de delitos que merezcan prisión preventiva se tendría que comprobar la tipicidad, la antijuricidad y posible culpabilidad, para justificar la medida que restringe la libertad y que constituye el segundo bien de mayor valía, con la finalidad de reducir abusos y arbitrariedades, por lo que se tendría que reformar el artículo 19 Constitucional. Ya que la existencia de la vinculación a proceso y su ampliación en buena medida obedece a la prisión preventiva.

SEXTA.- Deberán reducirse los supuestos en los que el Ministerio Público solicite al juez la prisión preventiva, atendiendo a que a nivel internacional en países que adoptaron el proceso penal acusatorio, lo realizaron bajo tres supuestos: peligro de sustracción de la acción de la justicia y peligro u obstaculización en el desarrollo del proceso y peligro para la víctima. Deberá reformarse el artículo 19 Constitucional.

FUENTES CONSULTADAS

- BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, 3a reimpression, Colombia Editorial Temis, 1996.
- BECCARIA Cesar, Tratado de los Delitos y de las Penas, The Figueroa Institute, Programme: Legal History, Madrid, Editorial Committee, 2015.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, 33a edición, México, Porrúa, 1997.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 22ª edición, México, Porrúa, 2004.
- CASTELLANOS Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 33ª edición, México, Porrúa, 1993.
- CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, Juicio de Amparo, 8a edición, México, Porrúa, 2008.
- CRUZ BARNEY, Oscar, La Defensa a la Defensa y la Abogacía en México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Serie Cuadernos de Abogacía N°1, México 2013.
- BOLIVAR Galindo, Cielito (coord.) Derechos Humanos Parte General, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia en México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, Gimbernat Ordeig Enrique, Jager Christian y Roxin Claus, Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, 1ª reimpression, México, UNAM, 2002.
- ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús, Contribuciones al Derecho Constitucional, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías, Traducción Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006.
- GUERRA ÁLVAREZ, Rafael, Teoría del Delito en el Procedimiento Penal Acusatorio y Oral, 1ª edición, México, Porrúa, 2021.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito, 3a edición, Argentina, Editorial Sudamericana S.A., 1997.

- KOHLER, Josef, El derecho de los Aztecas DE CERVANTES, Javier, Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2002.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Amparo, México. Editores Iure, 2017.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 19ª edición, México Porrúa, 2015.
- MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 7ª edición, 4ª reimpresión, Editorial Porrúa, México 2021.
- MAQUEO RAMÍREZ, María Solange, La Reforma Constitucional en Derechos Humanos, El Costo de su Realización Efectiva, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- MATEOS M., Agustín, Etimologías Grecolatinas del Español, 3ª edición, Editorial Esfinge México, 2002
- MEZGER, Edmund, Derecho Penal, 6ª edición, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958.
- MORALES PADRÓN, Francisco, Los conquistadores de América, Madrid, Espasa Calpe 1974.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal Parte General, 8ª Edición, Valencia España, Tirant Blanch Libros, 2010.
- NUÑEZ Ricardo, Manual de Derecho Penal Parte General, 4ª edición, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.
- OROZCO Y BERRA, Manuel, Historia Antigua y de la Conquista de México, ed. Digital México, Tipografía de Gonzalo A. Esteva. 1880, Tomo Primero.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 17ª edición, México, Porrúa, 2004.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del Delito, 3ª reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, trad. Diego Manuel Luzón et. al., 2ª edición, Madrid España, Civitas, 1999, tomo I.
- STEINER Christian y Uribe Patricia (coord.), Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, 1ª edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- SUAREZ ÁVILA, Alberto Abad, El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

TAU ANZOATEGUI, Víctor, ¿Qué fue el derecho indiano?, 2ª edición, Buenos Aires, Perrot, 1982.

TENA RAMÍREZ, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-1889, 15ª edición, México, Porrúa, 1989.

VON BELING, Ernst, Esquema de Derecho Penal, trad. Sebastián Soler, Librería el Foro, 11ª ed., Buenos Aires Argentina, 2002.

VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, traducción Quintiliano Saldaña, 18ª edición, Madrid España, Hijos de Reus Editores, 1915.

WITKER VELÁZQUEZ, Jorge, Metodología de la Investigación Jurídica, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal Parte General, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, Sociedad anónima editora, comercial, industrial y Financiera, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires Argentina, Ediar, 1998. Tomo I.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, Cuerpo del Delito y Tipo Penal, 4ta Reimpresión, México, Ángel Editor, 2001.

ZEFERIN HERNÁNDEZ. Iván Aarón, La Prueba Libre y Lógica Sistema Penal Acusatorio Mexicano, 1ª edición, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, 2016.

DICCIONARIOS, REVISTAS Y OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

CABANELLAS, Guillermo y ALCALA-ZAMORA, Luis, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Eliasta 12ª edición, Buenos Aires 1979, pág. 390

CARBONEL Miguel, (El Principio de Legalidad en materia Penal), Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México No 34, Diciembre 2019.

Diccionario Jurídico Mexicano, Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

Diccionario de la Lengua Española, 23ª edición, Real Academia Española, Barcelona España, 2014.

LIRA Andrés, “Sobre Wodrow Borah, El Juzgado General de Indios en la Nueva España”, Historia Mexicana, El Colegio de México, México, N° 2, Vol.35, octubre–diciembre 1985.

MARTÍNEZ Cisneros German, La Presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No 26, 2008.

Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, solicitada por la República de Argentina, artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Sentencia de 23 noviembre de 2009, caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

LEGISLACIÓN HISTÓRICA Y LEGISLACIÓN VIGENTE CONSULTADA

Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, Volumen III, Edición Facsímil coeditada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado, Madrid 1998.

Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro XIII Edición Facsímil, el Boletín Oficial del Estado, Madrid 1993, pág. 380.

Legislación Mexicana o Colección completa de las Disposiciones Legislativas expedida desde la independencia de la República, Dublan Manuel y Lozano José, Tomo III, Edición Oficial, Imprenta del Comercio Dublan y Lozano hijos, México 1876.

Constitución Política de la Monarquía Española (de Cádiz), 1812

Constitución de Apatzingán, 1814 (Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán a 22 de Octubre de 1814)

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, 1824

Constitución Política de la República Mexicana, 1857

Siete Leyes Constitucionales (Constitución 1836)

Bases de Organización de Política de la República Mexicana 1843

Constitución Política de la República Mexicana 1857

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917

Código de Penal para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación de 1871.

Proyecto de Código Penal, presentado al Cuarto Congreso Constitución del Estado de Veracruz y mandado observar provisionalmente por decreto número 106 de 28 de abril de 1835 (Código penal de Veracruz 1835).

Trabajos de Revisión del Código Penal, Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos (Reformas al Código penal de 1871).

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del Fuero Federal de 1931.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política de la Ciudad de México

Código Nacional de Procedimientos Penales

Código Penal para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México)

Código Federal de Procedimientos Penales

Ley de Amparo

Ley para la Celebración de Tratados

Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

Carta de los Estados Americanos.

Estatuto de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS CONSULTADAS

<https://www.dof.gob.mx/#gsc.tab=0Codigo>

<https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

<http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000093945&page=1>

https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/F/T3QERDPEDPQQ9PFAES1PYNU7FYECQX8H9MC8M4V9Y4ETD8UNYM-07460?func=find-b&request=Secretar%C3%ADa+de+Justicia%2C+Comisi%C3%B3n+Revisora+de+L%C3%B3digo+Penal%2C+Trabajos+de+Revisi%C3%B3n+del+C%C3%B3digo+Penal%2C&find_code=WRD&adjacent=N&local_base=&x=37&y=10&filter_code_1=WLN&filter_request_1=&filter_code_2=WYR&filter_request_2=&filter_code_3=WYR&filter_request_3=&filter_code_4=WFM&filter_request_4=&filter_code_5=WSL&filter_request_5

<https://www.corteidh.or.cr/>

<http://cronica.diputados.gob.mx/>

<https://www.diputados.gob.mx/>

<http://aldf.gob.mx>