

## PANDILLA EN LA CALIFICATIVA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

*De acuerdo con la adición de un segundo párrafo al artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, realizada por el decreto del 21 de diciembre de 1984, publicado en el Diario Oficial de la Federación de catorce de enero de 1985, que contiene la regla general de aplicación de sanciones para la totalidad de los casos en que el código disponga penas en proporción a las previstas por el delito intencional consumado, y asimismo de conformidad con la reforma realizada al numeral 164 bis del mismo cuerpo legal por decreto del treinta de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial de 3 de enero de 1989, enmienda que modificó el sistema de determinación de la penalidad establecido con anterioridad para el caso de que el delito se cometa en pandilla (el que atendía al cálculo del índice de peligrosidad de los activos dentro de un mínimo de seis meses al máximo de tres años de prisión) adecuándolo, así, a los lineamientos establecidos por el artículo 51, resulta inconcuso que para la determinación de la sanción a imponer cuando concurren en un delito pluralidad de tres o más sujetos activos, de tal manera que se acredite fue perpetrado en pandilla, previamente a la determinación de la peligrosidad, en acatamiento a la regla general establecida por el artículo 51 y tomando en cuenta lo dispuesto por el 164 bis, el juzgador deberá aumentar hasta una mitad los parámetros mínimo y máximo de punición previstos para el delito en su forma simple y sólo hasta ese momento estará en condiciones de realizar el correspondiente juicio de individualización de la pena mediante la determinación de la peligrosidad de los responsables.<sup>1</sup>*

1 Contradicción de tesis 19/93. Entre las sustentadas por el segundo y el tercer tribunal colegiados en materia penal del primer circuito. 1º de agosto de 1994, mayoría de cuatro votos, en contra del voto particular emitido por la ministra Victoria Adato Green. Ponente: ministra Clementina Gil Lester, secretario: Juan José González Lozano (*Semanario Judicial de la Federación*, octava época, tomo XII, septiembre de 1994, pp. 28-85, tesis 1ª/J.18/94).

*Comentario*

La presente jurisprudencia viene a resolver una contradicción de tesis que surge a partir del confuso planteamiento al discutido tema de la figura del pandillerismo y su tratamiento en lo referente a la imposición de la pena en el Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal.

Primeramente apuntaremos que, en el derecho penal mexicano, el “pandillerismo” no es una figura autónoma, ya que el artículo 164 *bis* del código sustantivo lo define de la siguiente manera: “se entiende por pandilla para los efectos de esta disposición la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito”. Por lo tanto, constituye una circunstancia agravante y un tipo complementado, que en nuestro sistema jurídico se determina en razón a la pluralidad de sujetos activos que sin estar organizados con fines delictuosos cometen en común un delito, característica por demás importante para establecer la diferencia con el tipo penal autónomo de asociación delictuosa dispuesto en el artículo 164 del propio ordenamiento.

Antes de la reforma del 30 de diciembre de 1988, la calificativa se manejaba con base en el índice de peligrosidad calculado de los activos (es decir los sujetos que habían cometido un delito bajo la figura de pandillerismo) se determinaba entonces una sanción que fluctuaba entre un mínimo de 6 meses y un máximo de tres años de prisión, la cual se aumentaba a la pena que correspondiese por el delito simple intencional. Ahora bien, actualmente y a partir de la reforma antes mencionada, la punibilidad al tipo complementado de pandilla la encontramos en el artículo 164 *bis* primer párrafo, que a la letra dice: “Cuando se cometa algún delito en pandilla se aplicará a los que intervengan en su comisión hasta una mitad más de las penas que le correspondan por el o los delitos cometidos”.

De lo anterior podríamos deducir que primeramente se individualizará la pena que le corresponde al sujeto por el delito cometido y después se podrá aumentar hasta una mitad más de la misma, como punibilidad al tipo complementado de pandilla, pues como lo apunta la ministra Victoria Adato Green, en un voto particular formulado en contra de la presente resolución, por sistemática penal e incluso por congruencia, inicialmente debe demostrarse la existencia de los elementos del o de los tipos penales básicos motivos de acusación, así como de las denominadas modificativas del tipo penal para en seguida abordar el estudio de la responsabilidad penal del acusado consistente

en el índice o grado de culpabilidad, en sustitución del añejo concepto de peligrosidad; sin embargo, al respecto han surgido diversas interpretaciones.

La primera de ellas es la que ha sustentado el Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en tres ocasiones, la cual concluye que la penalidad para la calificativa de pandillerismo, "será la adicional con base en la peligrosidad pero calculada entre el mínimo de tres días que precisa el artículo 25 del ordenamiento sustantivo y el máximo señalado por la ley, o sea hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos". Del anterior criterio se concluye principalmente que se seguirá el mismo sistema establecido antes de la reforma, es decir el de calcular la punibilidad a la calificativa de pandilla, con base en la peligrosidad del sujeto activo, sólo que ahora bajo los nuevos términos establecidos por el artículo 164 *bis*, es decir, hasta una mitad más de las penas que les corresponden por el delito cometido, por lo tanto la imposición de la calificativa se hará una vez determinada la pena.

Como podemos observar, lo anterior resulta erróneo, pues sabemos que el cálculo de la peligrosidad como base para la imposición de la pena no sólo ha desaparecido del artículo 164 *bis* a consecuencia de la reforma, sino de todo nuestro sistema penal, y por lo mismo no podemos calcular la punibilidad al tipo complementado de pandilla a partir de una figura que ha sido derogada. Sin embargo, en la segunda parte realiza una aportación al establecer un parámetro de punibilidad que el mismo artículo 164 *bis* en su redacción omite, puesto que únicamente nos señala que se podrá imponer hasta una mitad de las penas que le correspondan por el delito cometido sin determinar cuál será el mínimo a tomarse en cuenta, mismo que este tribunal establece al relacionarlo con el artículo 25 del código sustantivo en cuestión, que señala que cuando la pena sea de prisión deberá tener una duración mínima de tres días.

En cambio, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito establece que la pena se calculará tomando como base la que la ley determine para el delito simple intencional y aumentando hasta una mitad los límites mínimos y máximos de este último y no las penas impuestas al sentenciado ya individualizada. Esta apreciación excluye la peligrosidad como base para la determinación de la pena y rechaza por lo tanto la idea de primero determinar la pena por el delito cometido y luego aumentarle la penalidad del tipo dependiente de pandilla, determinando que se va a aumentar los mínimos y los máximos establecidos por la ley para la comisión del delito simple intencional como calificativa y luego, ya con base en este nuevo parámetro, se realiza la individualización de la pena.

Finalmente, la sala resuelve estableciendo que debe prevalecer en su totalidad el criterio sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito, con fundamento

en el artículo 51 segundo párrafo del Código Penal que nos dice que en los casos del artículo 60 fracción VI, 61, 63, 64, 64 *bis* y 65, y en cualquier otro en que este código disponga penas en proporción a las previstas por el delito simple intencional consumado, la punibilidad aplicable es para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.

Al efecto encontramos el voto particular, antes mencionado, formulado por la ministra Victoria Adato Green, la cual se pronuncia en contra de la anterior resolución, exponiendo principalmente los siguientes argumentos: primero; que en el artículo 164 *bis* del código sustantivo se establece una regla especial punitiva de incrementar hasta una mitad la ya impuesta por el tipo fundamental por lo cual se deduce que esta regla debe prevalecer sobre el artículo 51 conforme al principio de especialidad dispuesto en el artículo 6º del propio ordenamiento punitivo, que nos dice en su segundo párrafo que cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, a más de que como podemos ver, el artículo 51 establece esta regla para todos aquellos que prevean penas en proporción a las previstas por el delito simple intencional consumado y el artículo 164 *bis* sólo nos habla de la penalidad para cuando se cometa un delito por pandilla y no especifica si es intencional o no, por lo cual cuando se cometiera en forma imprudencial, tampoco podría aplicarse el artículo 51 ya que éste encuentra limitada su aplicación.

Otro argumento en contra de la presente resolución hecho valer en este voto es el que nos dice que,

por razones de orden técnico es inadmisibile que ante el caso de la demostración de un delito básico cualificado con la circunstancia de pandilla se aplique pena única como se hace en la sentencia mayoritaria, ya que al no establecerlo la ley de este modo, es obvio que lo correcto es aplicarla de manera acumulada respecto de la sanción que habrá de imponerse por el delito fundamental, es decir, el incremento punitivo por la circunstancia de pandilla entraña la mecánica de que inicialmente debe punirse por el delito principal y después adicionar la proporcional de [hasta una mitad] por su circunstancia accesoria. Actuar de otro modo, como lo establece el proyecto mayoritario, incuestionablemente riñe con la pureza metódica que debe imperar en las cuestiones técnicas del derecho penal.

Concluye diciéndonos que el Segundo Tribunal estableció un criterio sancionador en términos generales y el tercero circunscribió su criterio al delito de robo en pandilla, por lo tanto la sala omitió precisar el alcance de la contradicción ya que le dio la razón al Tercer Tribunal y en todo caso, se juzga

conveniente que la solución sea atendiendo a criterios generales y no a la punición de un delito en particular.

Por otra parte, la sentencia que sentó jurisprudencia establece que el criterio de imponer un mínimo de tres días, con base en el artículo 25 como proponía el Segundo Tribunal Colegiado, y un máximo al que hace referencia el artículo 164 *bis* cuando dice que podrá imponerse “hasta una mitad”, es erróneo puesto que se aparta así de los lineamientos establecidos por el artículo 51. Lo cual creemos es equívoco puesto que el tan invocado artículo 51 en la última parte del párrafo segundo también señala que cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días y por lo tanto el Segundo Tribunal en su resolución no contraría a este precepto, ya que únicamente realizó una vinculación no sólo certera sino también necesaria.

Finalmente, aunque la jurisprudencia establecida viene a resolver la contradicción de tesis antes expuesta, estableciendo un criterio para el momento y la forma de calcular la calificativa de pandilla que, como ya se mencionó, se encontraba mal entendida por el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito pues la relacionaba con la peligrosidad, tampoco el Tercer Tribunal Colegiado, a quien se le dio la razón se apega a lo prescrito por el artículo 164 *bis*, por lo cual, la sala realiza una interpretación sumamente amplia y distante a la gramatical, pues aunque la función de la jurisprudencia es desentrañar el sentido de la ley cuando éste no es claro, no puede llegar al extremo de cambiar el mismo.

Marcela BENAVIDES HERNÁNDEZ