

**INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LAS PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Colección Estudios de la Magistratura, 5
Instituto de la Judicatura Federal

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LAS PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Carlos Loranca Muñoz
Doctor en Derecho
Magistrado del Primer Tribunal Unitario
del Sexto Circuito

Consejo de la Judicatura Federal
México, 2008

C. Loranca

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de su autor, de modo que no tiene carácter oficial.

Primera edición: 2008

© Carlos Loranca Muñoz

© Derechos reservados por esta edición al Poder Judicial de la Federación.

Consejo de la Judicatura Federal

Instituto de la Judicatura Federal

Sidar y Rovirosa núm. 236, Colonia El Parque, Del. Venustiano Carranza, C.P. 15960, México D.F.

ISBN 968-5976-18-X

Impreso en México

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO PRIMERO	
OBTENCIÓN DEL MARCO PENAL CONCRETO (CIRCUNSTANCIAS LEGISLADAS)	15
CAPÍTULO SEGUNDO	
OBTENCIÓN DEL ÍNDICE DE REPROCHABILIDAD DE LA CULPA DEL ENJUICIADO (CIRCUNSTANCIAS NO LEGISLADAS)	57
CONCLUSIONES Y PROPUESTA	91
BIBLIOGRAFÍA	99
APÉNDICE	101

PRESENTACIÓN

Durante las últimas décadas, el sistema penal de nuestro país ha sido objeto de modificaciones que implican una nueva forma de impartir justicia en esta materia. Este quinto número de la Colección *Estudios de la Magistratura* analiza las normas y criterios jurídicos que regulan la determinación de las penas y las medidas de seguridad, un tema que no ha permanecido ajeno a los referidos cambios legislativos. Uno de los más importantes se produjo en 1994 cuando se abandonó el criterio de peligrosidad o temibilidad del agente, para la imposición de las penas y se adoptó el de la culpabilidad. Es decir, la medida para sancionar penalmente a una persona no sería ya la del mayor o menor peligro que ésta representara para la sociedad, sino la de su participación como autor o como cómplice de los hechos que resultaron probados en el proceso. El libro que ahora tengo el gusto de presentar explica cómo se ha aplicado este nuevo sistema por los tribunales federales y propone algunos criterios para mejorar su implementación.

La actualidad del tema no es el único motivo por el cual resulta valioso el estudio del magistrado Carlos Loranca Muñoz. Así lo advirtió el Comité Académico de este Instituto, al considerar la utilidad que tienen los libros que abordan temas prácticos fundamentales para

el ejercicio de la función jurisdiccional, sobre todo, para quienes se inician como juzgadores federales. Al respecto uno de los miembros del Comité comentó: a cualquiera de nosotros, al iniciarnos como jueces de distrito, nos hubiera servido mucho tener a la mano una obra que, en forma didáctica, nos explicara el proceso de individualización de las penas.

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

Si bien el ejercicio de una facultad discrecional libera al juez, la libertad que la ley le otorga tiene otro rostro: la responsabilidad de dar al justiciable lo suyo en el caso concreto. Cualquier juzgador sabe bien la dificultad que entraña el ejercicio responsable de la discreción judicial, escollo que se salva con el conocimiento teórico pero, sobre todo, con experiencia. Por ello, no resulta extraña ni falsa la afirmación de que a individualizar la pena se aprende en la práctica cotidiana.

Pues bien, en esta obra, el magistrado Carlos Loranca Muñoz nos comparte un poco de su experiencia en los tribunales federales especializados en materia penal, para individualizar correctamente la pena. Sus comentarios y sugerencias muestran el cauce que debe guiar este tipo de determinaciones, para que el ejercicio por los jueces de tal atribución se realice dentro de las

normas jurídicas, principios y criterios vigentes en el sistema penal mexicano.

En su estudio, el autor nos explica el marco legal dentro del cual debe determinarse la sanción penal y cómo ponderar los elementos no legislados para fijar el grado de reprochabilidad de la conducta de una persona. Además, propone un modelo para exponer de manera sencilla ese grado de reprochabilidad, que posteriormente servirá de base para la fijación de la pena.

Estoy seguro de que este nuevo estudio de la Magistratura federal será una herramienta útil para nuestros juzgadores federales, sobre todo para quienes se están iniciando en la función y, en forma responsable, buscan orientaciones en tan importante materia.

Jaime Manuel Marroquín Zaleta*

*Director General del Instituto de la Judicatura Federal

INTRODUCCIÓN

El aumento de las penas para determinados delitos graves que llegan a estar “de moda” ha sido un paliativo de los gobiernos para tratar de apagar el reclamo social ante la ola de crímenes que surgen en determinadas épocas y lugares; sin embargo, en casi todo el mundo se ha demostrado la ineficacia de esa medida para dar solución a ese problema. Las penas severas, inexorables, crueles, insensibles e inhumanas no han tenido el fin disuasivo pretendido con su imposición. Por el contrario, esa forma de proceder ha dado pauta a la sobrepoblación en las cárceles y, en consecuencia, al incumplimiento de uno de los fines del derecho punitivo, traducido en la readaptación del delincuente. Esa medida también ha provocado que los juzgadores en sus sentencias se vean limitados para llevar a cabo una correcta individualización de las sanciones; varias conductas delictivas¹ se encuentran sancionadas con penas muy altas, y los jueces se ven forzados, por lo regular, a imponer sanciones mínimas² o por lo menos cercanas a éstas, sin tener opción a atender a todos los presupuestos previstos para la correcta imposición de sanciones, debido a que el mínimo ya resulta elevado

¹ Por ejemplo, el delito contra la salud en alguna de las modalidades que establece el artículo 194 del Código Penal Federal.

² Diez años de prisión y de cien a quinientos días multa.

para casi todos los casos. Por otra parte, el legislador ha tenido los motivos suficientes para ir reduciendo el arbitrio judicial en los marcos concretos de sanciones correspondientes a cada tipo penal, debido a que, en la individualización de las sanciones en otros delitos, los jueces han dejado de ejercer esa potestad al omitir en sus sentencias un verdadero estudio de todos los factores plasmados en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, a pesar de que evidentemente la culpabilidad de cada individuo en la perpetración de un injusto penal es distinta en cada partícipe, aun en los cometidos por obra conjunta, ya sea por las eventualidades del hecho, las condiciones de tiempo, lugar y modo, o por las peculiaridades de cada agente (edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas, motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, etcétera).

El tema relacionado con la imposición de sanciones, por una u otra razón, se ha relegado a un segundo término, pensando quizá que finalmente los jueces, mal o bien, no dejan de imponer las sanciones establecidas para cada delito y por esa razón se considera suficiente la imposición de penas mínimas o cercanas a éstas. Sin embargo, ese escenario no puede ser considerado en esa forma tan simplista, pues cuando la determinación de las penas impuestas no es acorde a la culpabilidad del reo, se torna ilegal y, por ende, vulnera los principios de equidad y justicia; lo cual ha motivado al autor a escribir este modesto trabajo, que podría ser útil no sólo a juzgadores sino también a agentes del Ministerio Público y abogados defensores.

CAPÍTULO PRIMERO

OBTENCIÓN DEL MARCO PENAL CONCRETO

(CIRCUNSTANCIAS LEGISLADAS)

Al momento de dictar sentencia, una vez comprobados el delito o delitos perpetrados y la plena responsabilidad del acusado en su comisión, el juez del proceso debe fijar las penas y/o medidas de seguridad a las cuales se haya hecho acreedor. Para ello, es preciso establecer la gravedad del injusto penal y el grado de culpabilidad que evidencien las pruebas recabadas durante las diversas etapas del proceso penal, con el objeto de determinar la cuantía concreta de la pena dentro de los límites mínimo y máximo establecidos por el legislador para cada uno de los delitos cometidos.

La legislación punitiva mexicana no prevé un sistema de “pena exacta” y única para cada hecho, ni tampoco establece uno de “penas indeterminadas”. El legislador no adoptó tales sistemas porque implican posiciones extremas respecto al ejercicio de la discreción judicial en el caso concreto. El primero impide adecuar la pena a las concretas circunstancias del caso y del sujeto activo. El segundo equivale a un sistema abierto de penas que provoca inseguridad jurídica ante la libertad del juzgador para elegir libremente la extensión de las sanciones sin sujeción a límites mínimos ni máximos (pena absolutamente indeterminada), o aun respetando un tope máximo, tiene la posibilidad de fijar una pena sin límite mínimo, o a la inversa (pena relativamente indeterminada).³ En lugar de lo anterior,

³ *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, vol. II, pág. 2475.

la mayor parte de las legislaciones punitivas mexicanas, tanto la federal como las locales, optan por el sistema de “marcos penales” (o penas determinadas, pero no exactas), en donde se contempla una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y uno mínimo fijados legalmente para cada prototipo de ilícito penal, denominado “marco penal típico o legal”. Esos límites pueden fijarse nominalmente para cada delito, por ejemplo: “...prisión de tres a seis años, multa de diez a cien días de salario mínimo y suspensión hasta de dos años del derecho de ejercer la profesión u oficio, en cuyo ejercicio se hubiese cometido el delito”.

Conforme al sistema de punición adoptado por nuestra legislación, el juzgador debe tomar en consideración, en principio, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 del Código Penal Federal (CPF), diversas *circunstancias del hecho legisladas*, que pueden dar lugar al cambio de la inicial demarcación penal, creándose un nuevo contorno penal legal más reducido dentro de aquél, debiéndose subir o bajar la escala penal superior o inferior prevista para el tipo penal básico. Este contexto también constituye un nuevo marco penal típico o al menos legal. A continuación se expondrán las diversas circunstancias de hecho legisladas previstas en el ordenamiento penal federal que permiten delimitar el marco penal aplicable al injusto penal cometido.

I. CONCURRENCIA DE CUALIFICACIONES O DE SUBTIPOS PRIVILEGIADOS

- a) *Calificativas*. Se definen como “circunstancias con entidad legislada, previstas para el desarrollo de la conducta, derivadas de un mismo núcleo consideradas según la calidad y número de los intervencionistas, o

de la forma de ejecución, incluyendo cosas y lugares, que al ser realizadas merecen mayor penalidad, misma que determina el legislador sin opción al juez”.⁴ Algunas calificativas se encuentran tipificadas en las disposiciones legales contenidas en los artículos 150 segunda parte y segundo párrafo, 152, 196, 201 bis 1, y bis 2, 203, 208, 211, 211 bis 5 último párrafo, 213 bis, 232, 240 bis último párrafo, 243 último párrafo, 250 fracción iv, 260 párrafo segundo, 261 párrafo segundo, 266 bis, 282 último párrafo, 286 segundo párrafo, 298, 300, 313, 315, 315 bis, 323, 331, 350 último párrafo, 372, 381, 390, 395 último párrafo, 400 bis párrafo tercero, 410, 416 último párrafo, 419, 422, todos del CPF y, desde luego, en las diversas codificaciones especiales.

- b) *Modificativas y atenuantes*. Son definidas como “circunstancias que con entidad legislada, previstas para el desarrollo de la conducta, derivadas de un mismo núcleo consideradas en función del comportamiento de los intervencionistas, de la forma de ejecución o del resultado, que al ser realizadas merecen menor penalidad”⁵. Algunas de ellas se encuentran tipificadas en los artículos 195 bis, 215-B último párrafo, 248, 297, 308, 310, 332, 365 bis párrafo segundo, 366 fracción ii, antepenúltimo y penúltimo párrafos, y 380 del CPF.

Es conveniente precisar que, como en algunos de estos subtipos se encuentran legislados mínimos y máximos de penas adicionales a las previstas para el delito básico,⁶ sin duda deberá realizarse una individualización de

⁴ José Arturo González Quintanilla, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 660 y 661.

⁵ *Ibidem*, p. 661.

⁶ Hasta cinco años de prisión en las hipótesis del delito de robo calificado, a que se refieren las fracciones de la I a la VI y de la XI a la XV del artículo 381 del CPF y de dos a siete años de prisión, en los supuestos a que se refieren las fracciones de la VII a la X y XIV.

la sanción correspondiente a la calificativa, modificativa o atenuante, siguiendo las reglas que más adelante se analizarán.

No obstante, resulta conveniente señalar en relación con las penas que le pudieren corresponder al enjuiciado, concretamente respecto a las calificativas del delito, su necesaria proporcionalidad con la reprochabilidad de la culpa advertida por el juzgador en la comisión del tipo penal básico, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 del CPF. Por ejemplo, si para el robo se consideró que el activo evidenció una culpabilidad media, con base en las pruebas obtenidas durante el sumario, relativas a las circunstancias exteriores de ejecución del delito y las peculiares del delincuente, ese mismo rango debe corresponder a la calificativa que concurra en el citado ilícito. Al respecto, existe el siguiente criterio jurisprudencial:

CALIFICATIVAS Y PENAS ACCESORIAS. SANCIÓN PROPORCIONAL A LA PELIGROSIDAD PARA LAS. Tanto la pena de prisión como las accesorias o las calificativas demostradas que se impongan por la comisión de un delito, deben ser proporcionales a la peligrosidad social apreciada, esto es, el mismo criterio que el juzgador haya tenido para aplicar, dentro de los máximos y mínimos, la privativa de libertad con base en la referida peligrosidad, servirá a la vez para calcular la que deba imponerse al responsable por la calificativa demostrada, o por la multa o la suspensión de derechos, etcétera. [*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Jurisprudencia, tomo II, Materia Penal, pág. 356, tesis 469, reg. 904,450].

Adelantándonos al capítulo siguiente por la importancia de esta observación, se debe tomar en cuenta que el número de calificativas que concurran debe ser

un factor a ponderar para aumentar o disminuir el grado de culpabilidad del reo y, en consecuencia, la pena correspondiente. Así tenemos que, si en los hechos juzgados, en relación con el delito de ejemplo, se actualizaran más de dos hipótesis de las previstas en el precepto legal transcrito, la culpabilidad del sujeto deberá ir en aumento en proporción al número de calificativas que concurran, todo ello desde luego dentro del marco penal establecido. Así se puede desprender del contenido de la tesis que en seguida se cita:

ROBO CALIFICADO. SUS AGRAVANTES SON AUTÓNOMAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Para la existencia de la calificativa del delito de robo no deben integrarse todas las hipótesis que establece, en la especie, el artículo 176, fracción II, del Código Penal para el Estado de Veracruz, pues de la enunciación que en ese precepto legal se hace para estimar calificado el robo y por ello aumentar la sanción correspondiente, no se señala como requisito la actualización de todas las conductas que el legislador estimó como agravantes de ese ilícito, dado que, atentos a una interpretación sistemática de dicho numeral, fácil es de advertir que cada uno de los incisos que comprenden la fracción II del propio artículo en comento prevén conductas agravantes autónomas. [Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, tesis aislada, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XII, agosto de 1993, pág. 560, reg. 215,673].

Resulta prudente establecer que, de acuerdo con el principio de absorción o consunción, al concurrir otros tipos penales o agravantes de la conducta con el principal, se debe tener cuidado en no efectuar una recalificación del hecho. Puede suceder que el tipo penal básico

contenga alguno o algunos de los elementos a partir de los cuales se describan los otros tipos penales o las calificativas y que, en consecuencia, cualquiera de ellos fuera susceptible de excluirse por su incompatibilidad, o que el otro ilícito penal sea el medio necesario para cometer el principal. Verbigracia, existen determinados delitos en los cuales se requiere el empleo de la violencia física para su configuración, y por tanto, no podrían coexistir subtipos o agravantes donde se contemple ese mismo elemento, o cuando el de menor amplitud sirve de medio o camino para conseguir el principal, tal y como se ha sustentado en los siguientes criterios jurisprudenciales:

ROBO, CALIFICATIVAS EN ÉL, INCOMPATIBLES SI SON CONTRADICTORIAS. Si el juzgador considera que el inculcado cometió el delito de robo en lugar cerrado y aplica la calificativa prevista en la fracción I del artículo 381 del Código Penal Federal, e igualmente impone la otra calificativa comprendida en la fracción VI del mismo precepto, la que se origina cuando el delito se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en el lugar donde trabajan o aprenden o cualquier otro al que tengan libre acceso por el carácter indicado, debe decirse que no pueden concurrir dos calificativas en el mismo delito si éstas son contradictorias, lo que implica una recalificación en perjuicio del inculcado [Primera Sala, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 85, Segunda parte, pág. 65, reg. 235,317].

ROBO CON VIOLENCIA FÍSICA Y COMETIDO POR PERSONA ARMADA, INCOMPATIBILIDAD DE AMBAS CALIFICATIVAS. Si en el delito de robo concurren, como materia de la acusación y la condena, las circunstancias agravadoras de la punibilidad, de violencia y a la vez la de haberse cometido por persona armada, previstas respectivamente en los numerales 373,

párrafo segundo y 381, fracción IX, ambos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, al hacerse consistir en que el activo, con el instrumento que portaba lesionó al pasivo, como medio para reducirlo y poder cometer el ilícito patrimonial; es evidente la incompatibilidad entre las dos modalidades, al calificar una y otra la misma conducta, pues el medio operativo para la causación de la violencia física no pudo ser otro que el empleo del arma; por tanto, ante el concurso de normas incompatibles entre sí, por la consunción o absorción, la agravante de persona armada queda absorbida por la de violencia física, por ser ésta de mayor amplitud, al estimarse aquélla como el único medio a través del cual y sólo por esa fuerza contra el ofendido, es que se podía realizar el fin propuesto. [Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Jurisprudencia, tomo II, Materia Penal, pág. 570, tesis 688, reg. 904,669].

Con mayor razón deben excluirse las calificativas cuando sus elementos configurativos forman parte de otro delito que concurra con aquél cuya agravación se pretende. Así se sostuvo en los siguientes criterios:

ROBO CON VIOLENCIA. CUÁNDO ÉSTA CONSTITUYE OTRO DELITO. Teniendo en cuenta la disposición legal contenida en la parte final del artículo 372 del Código Penal del Distrito Federal, que tiene su equivalente en otras legislaciones, en el sentido de que “si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación”, debe decirse que en el caso de robo en que la violencia se utiliza como medio preordenado para lograr el apoderamiento y dicha violencia integra otro tipo (lesiones, homicidio, etc.), no debe sancionarse el robo como calificado por violencia y

además sancionarse el delito que integró dicha violencia, pues si tal se hiciera se estaría recalificando una situación al sancionarla como constitutiva de la calificativa del robo y al mismo tiempo como constitutiva de otro delito [Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Jurisprudencia, tomo II, Materia Penal, pág. 236, tesis 322, reg. 904,303].

ROBO CON VIOLENCIA, CALIFICATIVA DE, INSUBSISTENTE CUANDO ÉSTA CONSTITUYE OTRO DELITO. La condena por asalto y al mismo tiempo por robo con violencia es contraria a derecho, pues al haberse acreditado en la causa natural los elementos constitutivos del ilícito de asalto, y tomando en cuenta que éstos consisten en que los delitos que se lleven a cabo se ejecuten con medios violentos, se hace evidente que la conducta agravante del robo es ilegal, dado que la violencia ejercida para las dos conductas ilícitas, no puede ser sancionada dos veces. [Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, pág. 1021, reg. 192,879].

Por el contrario, conviene precisar que los tipos penales amplios o específicos tienen preferencia en su aplicación con relación a los cortos o genéricos. De acuerdo con el principio de especialidad que rige en el Derecho penal mexicano, la norma especial es preferente a la general, es decir, la especie respecto del género. Por tal razón, prevalece, para efectos de su aplicación, aquella norma legal o descripción típica cuya configuración recoja mayor número y precisión de datos o peculiaridades del hecho susceptible de ser sancionado, esto es, que tanto cualitativa como cuantitativamente describa con mayor precisión el acontecimiento o suceso considerado como intolerable por parte del legislador y, en consecuencia, digno de ser penalmente relevante, pues

sólo de esa manera se respeta el principio de legalidad y de exacta aplicación de la ley penal, preceptuado en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En esos términos se pronunció el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito en la tesis siguiente:

CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES. AL ADVERTIRSE SU PRESENCIA DEBE RESOLVERSE MEDIANTE EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Al advertir la presencia de un concurso aparente de tipos penales, éste debe resolverse mediante las fórmulas o principios que doctrinaria y jurisprudencialmente se han reconocido de manera tradicional; el primero de ellos y más elemental (por su indiscutible prelación de aplicación lógica) es el llamado principio de especialidad, de acuerdo con el cual la norma especial es preferente a la general, es decir, la especie respecto del género y, por ende, prevalece, para efectos de su aplicación, aquella norma legal o descripción típica que en su configuración recoja mayor número y precisión de datos o peculiaridades del hecho susceptible de ser sancionado, esto es, que tanto cualitativa como cuantitativamente describa con mayor precisión el acontecimiento o suceso que el legislador consideró intolerable y, por tanto, digno de ser penalmente relevante, pues sólo de esa manera se respeta el principio de legalidad y de exacta aplicación de la ley penal, preceptuado en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, enero de 2006, pág. 2342, reg. 176,361].

Se debe tener cuidado en los eventos en donde concurra un tipo penal con subtipos en un hecho criminal, pero que, con independencia de que el propósito criminal fuese único, se causen dos o más resultados que

sean de importancia separada para el Derecho penal, por afectar bienes jurídicos trascendentales diferentes, y en consecuencia no tengan aplicación los principios de absorción o subsunción para sancionar al o a los causantes de esos resultados. Como ejemplo podríamos señalar el caso del delito de robo cometido con violencia, en el cual las lesiones ocasionadas a la víctima no podrían ser consideradas como agravantes o calificativas del delito principal (violencia para cometer el robo), sobre todo en casos en los que, aun cuando no se tuviera como fin u objetivo lesionar a la víctima y la violencia empleada hubiesen servido de medio para cometer el injusto penal básico, con ella se causen daños considerables a la salud de ésta, pues ante el surgimiento de resultados independientes y de significación trascendental para el Derecho penal, por afectar específicamente bienes jurídicos autónomos, sería incorrecto subsumir uno en otro o considerar a uno de ellos sólo una agravante o calificativa del mismo. En consecuencia, este problema debe resolverse de acuerdo con el principio de alternatividad, conforme al cual cuando la conducta emergente configure un tipo penal independiente e importante para el Derecho punitivo. Verbigracia cuando las lesiones en el robo con violencia dejen de ser simples en cualquiera de sus formas, esto es, si tardaren en sanar más de quince días o constituyen aquellas que se encuentran especificadas en los artículos 290, 291, 292 y 293 del CPE, pues no es correcto establecer que, con independencia del daño que se ocasione a la víctima, cuando las alteraciones en la salud de la ofendida resultan el medio comisivo para cometer el robo, deben quedar absorbidas por el injusto

penal principal, como se sostuvo en los siguientes criterios aislados:

ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES. SE SUBSUME EL SEGUNDO DELITO EN EL PRIMERO CUANDO LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE ESTE ÚLTIMO REPRESENTA EL MEDIO COMISIVO PARA LOGRAR EL APODERAMIENTO VIOLENTO DEL BIEN SIN IMPORTAR LA FUERZA MATERIAL EMPLEADA PARA ELLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Se surten los presupuestos lógico jurídicos para que opere la subsunción del delito de lesiones en el de robo con violencia en las personas, si el infractor, para lograr su propósito delictivo de apoderamiento de bienes ajenos, ejerció violencia en los ofendidos al darles a beber líquidos con sustancias psicotrópicas denominados rivotril y lexotan, ingesta que trajo como consecuencia un menoscabo en la salud de las víctimas que a punto estuvo de provocarles la muerte, sin que la fuerza material empleada para desapoderarlas rebasara en exceso lo indispensable para vencer su resistencia e influya para considerar que el delito de lesiones adquiere autonomía, puesto que esta circunstancia no representa un requisito agravante del robo, previsto en el artículo 236 del Código Penal para el Estado de Jalisco, ni existe la fijación de un parámetro de la utilización de la violencia que determine la subsunción, en virtud de que dicha figura jurídica se materializa cuando la conducta constitutiva de las lesiones represente el medio adecuado para expresar la violencia calificativa del robo, es decir, el medio comisivo para lograr el apoderamiento del bien propuesto. [Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, febrero de 2006, pág. 1908, reg. 175,771].

ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN, APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE. ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES. El principio de la consunción consiste en optar por el tipo que colme en mejor

forma la conducta ilícita del agente cuando esta pueda apreciarse bajo dos o más delitos; ante la alternativa de dos o más tipos penales incompatibles entre sí, y en la hipótesis de que uno de ellos se cumplimente con una calificativa por alguna circunstancia de ejecución que por sí sola integre la conducta en otro tipo autónomo, debe el juzgador absorber el desvalor del tipo autónomo, por el tipo calificado. En aplicación de este principio y ante la presencia de los delitos de lesiones simples y robo con violencia, procede eliminar el de lesiones cuando éstas fueron medio adecuado para expresar la violencia calificativa del robo. [Primera Sala, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 187-192, Segunda Parte, pág. 9, reg. 234,159].

Por el contrario, se consideran correctos los siguientes criterios:

ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES. CASO EN QUE AMBOS ILÍCITOS EXISTEN. La responsable actúa correctamente al sancionar al sentenciado por el delito de lesiones y por el de robo agravando esta última sanción, toda vez que el robo fue cometido con violencia, pues el ilícito de robo fue cometido con violencia física ya que para apoderarse de lo hurtado, la parte ofendida fue golpeada y como consecuencia de ello los golpes recibidos le propiciaron lesiones, constituyendo esto último un ilícito autónomo cuando la fuerza material ejecutada para desapoderar fue más allá de lo indispensable para vencer la resistencia del pasivo, por lo que el delito de lesiones adquiere existencia, de ahí que la conducta agravadora de la violencia con la que se cometió el robo no es posible subsumirla en la de lesiones. [Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XV-II, febrero de 1995, pág. 537, reg. 208,814].

ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES. NO SE SUBSUME EL SEGUNDO DELITO EN LA CALIFICATIVA DEL PRIMERO, PUES LA ALTERACIÓN EN LA SALUD QUE PROVOCAN AQUÉLLAS NO ES REQUERIDA NECESARIAMENTE COMO RESULTADO DE LA VIOLENCIA CON QUE SE EJECUTE EL ROBO, POR LO QUE AMBOS DELITOS CONSERVAN SU AUTONOMÍA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 373 del Código de Defensa Social para el Estado tipifica el delito de robo que comete quien se apodera de un bien ajeno mueble, sin derecho o sin consentimiento de la persona que puede disponer de él con arreglo a la ley, mientras que el artículo 380, fracción I, del referido código, establece como una calificativa de dicho delito el que el robo se ejecute con violencia contra la víctima de aquél o contra otra u otras personas que se encuentren en el lugar de los hechos. Por su parte, el artículo 305 del citado ordenamiento legal dispone que comete el delito de lesiones el que causa a otro un daño que altere su salud física o mental, o que deje huella material en el lesionado. Ahora bien, de lo anterior se advierte que la calificativa mencionada es propia del delito de robo y agrava la conducta del sujeto activo por ejecutarse con violencia; sin embargo, ello no significa que las lesiones que se ocasionen en la víctima se subsuman en dicha calificativa, pues éstas no son requeridas como resultado de la violencia con que se ejecutó el robo, el cual puede consumarse con cualquier tipo de violencia y no necesariamente aquella que tenga como resultado la alteración de la salud; por lo que ambas conductas -robo calificado y lesiones- conservan su autonomía. [Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo xxv, marzo de 2007, pág. 1787, reg. 172,900].

VIOLENCIA FÍSICA. CASO EN QUE ES CONSTITUTIVA DEL DELITO DE LESIONES Y NO AGRAVANTE DEL DELITO DE ROBO. Ante la concurrencia de las normas de lesiones y violencia física,

con que se tipificarían los hechos consistentes en que el activo desplegó, en perjuicio del ofendido, fuerza física para desapoderarlo de sus bienes, cosa que efectuó mediando la circunstancia de que la alteración en la salud sufrida por el pasivo, se clasificó como la que deja cicatriz perpetuamente notable en el rostro; ante ese panorama, es inconcuso que el delito de lesiones adquiere existencia autónoma por sobre la modalidad agravante de violencia física, en razón a que la fuerza material ejecutada para desapoderar fue más allá de la indispensable para vencer la resistencia del pasivo. [Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, pág. 580, reg. 227,578].

Sobre todo en casos en los cuales la legislación penal común aplicable no establece lo señalado en el artículo 372 del CPF: “Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se aumentarán de seis meses a cinco años de prisión. *Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación*”.

Ahora bien, existen tipos penales creados por el legislador para conductas que comprenden dos o más figuras delictivas. Por ello, aun cuando la conducta del infractor de la ley penal pudiere quedar encuadrada en un concurso ideal o real de delitos, lo cierto es que, al configurarse el tipo especial, ello excluye la actualización en forma autónoma de esas figuras delictivas, teniendo aquélla preferencia en su aplicación de acuerdo con el principio de consunción. Tal como se desprende del criterio jurisprudencial sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 33/2004-PS, cuyo texto es como sigue:

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD CUANDO SE LLEVA A CABO ÚNICAMENTE PARA COMETER LOS DELITOS DE ROBO O EXTORSIÓN. ES UN TIPO ESPECIAL CUYA ACTUALIZACIÓN EXCLUYE LA ACREDITACIÓN EN FORMA AUTÓNOMA DE ESAS FIGURAS DELICTIVAS. La figura delictiva de privación de la libertad cuando se lleva a cabo únicamente para cometer los delitos de robo o extorsión, prevista en el artículo 160, párrafo quinto, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, acorde con su estructura, constituye un tipo especial, toda vez que aun cuando para su conformación incluye elementos objetivos y subjetivos que forman parte de las descripciones contenidas en aquellos delitos, lo cierto es que dichos elementos pasan a formar parte de la nueva descripción legal que, al tutelar como bien jurídico tanto a la libertad deambulatoria como el patrimonio, prevé una sanción más severa como consecuencia de su comisión. En esa tesitura, es evidente que la acreditación de este tipo penal no puede coexistir con la de los dos tipos penales básicos de robo o extorsión, esto es, excluye su aplicación autónoma respecto de los mismos hechos, pues lo contrario implicaría dar una doble consecuencia jurídica a una sola conducta, es decir, como agravante del delito de privación de la libertad y como conducta autónoma comisiva de los delitos de robo o extorsión, lo cual necesariamente se traduce en la recalificación de la conducta, en detrimento de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal. En este orden de ideas, el aparente concurso de normas suscitado entre los artículos 160, párrafo quinto y 220 o 236 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se resuelve con apoyo en el llamado principio de consunción, contenido en la fracción II del artículo 13 del ordenamiento legal citado, conforme al cual el tipo que es exactamente aplicable al caso, es el de mayor protección al bien jurídico, el cual absorbe a los de menor alcance, que quedarán marginados, es decir, deberá acreditarse solamente el delito de privación de la

libertad cuando se lleve a cabo únicamente para cometer los delitos de robo o extorsión, y no así en forma paralela y autónoma estos últimos, pues de lo contrario, como se dijo, se recalificaría la conducta ilícita cometida. No obsta a lo anterior que en el supuesto de no acreditarse alguno de los elementos que integran el tipo especial, sólo se generará el reproche de la conducta en grado de tentativa respecto de ese tipo específico, no así la atipicidad. Además, con independencia de lo expuesto, debe señalarse que en caso de que durante la realización de los hechos se cometan otras conductas ilícitas que tipifiquen un delito que lesione bienes jurídicos diversos a los que protege el injusto penal especial, sí se actualizaría un concurso real de delitos, en virtud de que dicho precepto, aun cuando es especial, no absorbe dentro de su estructura la protección a bienes jurídicos distintos al patrimonio y la libertad deambulatoria. [1ª/J. 11/2005, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo xxi, abril de 2005, pág. 515, reg. 178,666].

Finalmente, debe señalarse que las calificativas de un injusto penal ejecutado por el autor material no sólo son aplicables a éste, sino también a todos aquellos quienes como autores intelectuales, cooperadores o auxiliadores participan en la concepción, preparación o ejecución. Sobre el particular existe la siguiente tesis:

AUTOR INTELECTUAL, RESPONSABILIDAD PENAL DEL, INCLUYE LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO EJECUTADO POR EL AUTOR MATERIAL. El hecho de que el quejoso no haya sido autor material del robo, no es obstáculo para la configuración de las calificativas de violencias física y moral, en virtud de que no sólo de esta forma se puede ejercer violencia sobre alguna persona, sino también a través de otras, y al haber sido autor intelectual del delito resulta responsable también de las calificativas que matizan la ejecución del ilícito.

[Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, tesis aislada, Octava Época, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Precedentes Relevantes, tomo II, Materia Penal, Segunda Parte, pág. 1840, tesis 3833, reg. 908,774].

- II. POR HABERSE EJECUTADO EL HECHO EN FORMA INCOMPLETA (DELITO INACABADO O TENTADO) O POR HABERSE EJECUTADO TODOS LOS ACTOS QUE PRODUCIRÍAN EL RESULTADO, PERO QUE POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE ÉSTE NO SE CONSUMA (DELITO FRUSTRADO), SEGÚN LO DISPONE EL ARTÍCULO 12 DEL CPF

Sobre el particular, es conveniente la precisión en cuanto a haberse establecido por el legislador federal para la tentativa de los delitos graves, una punición que va de las penas mínimas hasta las dos terceras partes de las sanciones previstas para el delito consumado. En cambio, para los demás delitos (no graves) señaló reducciones en comparación con los delitos acabados, al fijar en el artículo 63 del CPF: “al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario”. Sin embargo, en esta disposición, el legislador omitió precisar cuáles serían las penas mínimas a imponer, concretándose sólo a fijar el máximo de las mismas (hasta las dos terceras partes). No obstante, por reforma al artículo 51 del CPF introducida el 14 de enero de 1985, se estableció que la mínima sanción en esta forma de comisión de un delito sería la parte proporcional de esas dos terceras partes en el mínimo establecido para el delito 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”. Así lo interpretó la Primera Sala en la tesis aislada que es del tenor siguiente:

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. (LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL). Para fijar la pena en los delitos en grado de tentativa, se requiere determinar por el juzgador, la que correspondería al reo tratándose de un delito intencional consumado y, después, precisar conforme a los factores necesarios para la individualización, que la imponible en definitiva quede comprendida dentro de una escala cuyo mínimo corresponda a las dos terceras partes del límite inferior señalado para el delito consumado y una máxima equivalente a las dos terceras partes del máximo establecido para el propio delito consumado, según preceptúa el artículo 51 reformado del Código Penal Federal, al señalar que “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 delito intencional consumado). [Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 217-228, Segunda Parte, pág. 72, reg. 234,020].

Ahora bien, en legislaciones punitivas locales donde no existe esta disposición legal, es correcto ponderar como límite mínimo de las penas correspondientes, el establecido por la regla general en el código respectivo,⁷ tal y como se sostiene en los siguientes criterios:

⁷ A mi juicio, de aplicarse cualquier otra pena no decretada explícitamente en la ley, se violaría en perjuicio del justiciable el artículo 14 constitucional.

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS). El artículo 65 del Código Penal para el Estado de Zacatecas, dispone que para sancionar al responsable de tentativa "... se le aplicarán hasta las dos terceras partes de la sanción señalada en la Ley al delito que se pretendió consumir...", de lo cual se advierte que dicho precepto legal sólo señala el máximo de la pena y no el mínimo aplicable, por lo que para este último efecto, debe estarse a la regla genérica contenida en el artículo 21 del ordenamiento legal de que se trata, que señala como pena mínima de prisión la de tres meses. [Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, tesis aislada, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo VII, enero de 1991, pág. 498, reg. 224,274].

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA (HOMICIDIO). Si la sala responsable, al individualizar la sanción por el delito de homicidio en grado de tentativa, consideró al acusado de una peligrosidad entre la mínima y la media, más cercana a la primera, y estimó que de haberse consumado el delito le hubiera impuesto doce años de prisión, que en el caso sería la pena mínima a imponer, conforme al artículo 275 del Código Penal del Estado de Jalisco, antes de su última reforma, pero a virtud de tratarse de una tentativa, lo sancionó con las dos terceras partes de esos doce años, que en el caso resultan ser precisamente ocho años de encarcelamiento, es evidente que con ello violó, en perjuicio del quejoso, sus garantías individuales, puesto que para la individualización de la pena, tratándose del delito de homicidio en grado de tentativa, no basta tomar en cuenta las circunstancias que sirvieron para fijar la peligrosidad del sujeto, sino igualmente el posible daño objetivo causado durante el proceso ejecutivo realizado y el grado a que se llegó dentro de éste, pues no es lo mismo sancionar el principio de ejecución de

un delito que los actos que agotaron su proceso ejecutivo. Además, deberá atenderse a que, como el código punitivo aludido no determina en el delito tentado, el mínimo de la pena a imponer, refiriéndose exclusivamente a la máxima, que precisa en las dos terceras partes de la que debería imponerse de haberse consumado el delito, ello obliga al juzgador a acudir a la norma general que contempla el artículo 16 de la invocada codificación estatal, la cual alude a que la pena de prisión será de tres días hasta treinta años, o sea, que para el caso concreto, el mínimo para sancionar la tentativa debe ser de tres días y el máximo las dos terceras partes de la sanción que corresponda al delito consumado, margen éste en que se debe basar el juzgador para fijar la pena, tomando en cuenta, además, como ya se dijo, el grado de ejecución, así como el daño objetivo que pudiera haberse causado a la víctima. [Primera Sala, tesis aislada, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 175-180, Segunda Parte, pág. 149, reg. 234,343].

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE (VIOLACIÓN). Si la ley no determina, en el ilícito tentado, el mínimo a imponer, sino que se refiere hasta las dos terceras partes, como ocurre en el caso del Código de Defensa Social del Estado de Puebla respecto al delito de violación, debe entonces acudirse a la regla general que contempla el dispositivo 25 de la invocada codificación, que alude a que la sanción será de tres días hasta treinta años, o sea, que para el caso concreto, el mínimo deben ser tres días, hasta las dos terceras partes de la sanción que le corresponda al delito consumado, margen éste en que se debe mover el juzgador para fijar la pena, tomando en cuenta, además, el grado de ejecución. [Primera Sala, tesis aislada, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 133-138, Segunda Parte, pág. 207, reg. 234,868].

Más adelante, al analizar el capítulo correspondiente al índice de reprochabilidad, se verá cómo el nivel de aproximación en la ejecución del delito por parte del autor de la tentativa debe ser un factor determinante de un mayor o menor grado de culpabilidad del enjuiciado, que debe ponderar el juzgador para fijar la punición más adecuada al caso concreto.

III. POR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL DELINCUENTE

La legislación penal federal en la parte final del artículo 13 prevé, como entidad legislada, una disminución de la pena dirigida a los cómplices, sean auxiliadores o cooperadores, al establecer en el último párrafo del artículo 13: “Para los sujetos a los que se refieren las fracciones VI, VII Y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código [hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito que se trate]”. Sin embargo, a fin de evitar confusiones quizá sea conveniente distinguir a los cómplices de los coautores en este apartado. Celestino Porte Petit considera la complicidad como el auxilio o cooperación de carácter doloso a la realización del delito⁸, estimando que de su naturaleza se desprenden sus elementos: a) una cooperación o auxilio a otros; b) dolosa, y c) para la realización de un delito doloso. En forma más explícita Romero Soto señala: “...la complicidad puede definirse, en términos generales, diciendo que es la prestación de ayuda a un hecho ajeno. El cómplice en consecuencia, no obra con

⁸ *Programa de Derecho penal*, 3ª ed., México, Trillas, 1990, pp. 910-911.

animo auctoris, ni es, según expresión de Welzel, el dueño del hecho”.⁹

De lo antes definido, para quien no es coautor se puede obtener el concepto de partícipe o cómplice, estableciéndolo como un colaborador de los autores en cualquier grado para la causación del resultado, aun cuando no lleve a cabo la materialización del hecho típico; por ejemplo, en un asalto a un banco, el sujeto que en su calidad de empleado del banco proporciona a su amigo datos del instante en el cual hay un solo policía vigilante, o del momento cuando existe más efectivo en las cajas o cualquier otro dato que sirve a los asaltantes para llevar a cabo el delito.

IV. POR ACTUALIZARSE UNA EXCLUYENTE INCOMPLETA DEL DELITO

El artículo 16 del CPF reconoce como tales a los excesos en legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, y en el artículo 64 bis del mismo código se señalan penas reducidas “...hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva”. Posteriormente, para el error de tipo vencible el legislador federal señaló la punibilidad correspondiente al delito culposo y para el error de prohibición vencible hasta una tercera parte del delito de que se trate (debiéndose precisar que la pena mínima para todos estos casos será la prevista en el párrafo segundo del artículo 51 del CPF).

Este punto también es susceptible de ponderación al momento de evaluar la culpabilidad del sujeto, pues en estas hipótesis pueden aparecer circunstancias

⁹ *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1969, tomo II, p.355.

a partir de las cuales se determine un mayor o menor exceso en las referidas excluyentes, así como la posibilidad de valorar la dificultad o facilidad que tuvo el agente de vencer el error.

V. POR LAS REGLAS DE LOS CONCURSOS DE DELITOS

La legislación punitiva federal reconoce dos tipos de concursos: el formal o ideal y el material o real.

a) En relación con el primero de ellos, el artículo 64 del CPF dispone: “En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero”. De acuerdo con la definición que el propio legislador federal establece en el artículo 18, “existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos”. Esto lo podemos entender mejor con el siguiente ejemplo: Un sujeto, con el fin de matar a Pedro, hace un disparo con arma de fuego en su contra, el cual cumple con su objetivo pero además ese mismo proyectil previamente lesiona a otro sujeto en una mano. Para sancionar estos concursos, acorde a los daños causados a los bienes jurídicamente protegidos, el legislador deja al arbitrio del juzgador la posibilidad de sancionar, además del delito de mayor entidad jurídica —en el caso el de homicidio— a aquel que concurre con éste (lesiones simples). No obstante, fue confuso en señalar cuál sanción es la que deberá tomar en cuenta para el acrecentamiento de la pena, cuando señala: “se aumentará hasta una mitad”, esto es, no fue claro en señalar a cuál mitad se refería. Acaso, ¿la correspondiente al delito más grave

o la señalada para el delito de lesiones? Así, en el hecho ejemplificado, si se sancionara el homicidio con la pena mínima de doce años de cárcel (artículo 307), por el otro delito del concurso (lesiones) el juez tendría las siguientes opciones (de acuerdo con la redacción de este precepto): aumentar hasta seis años de prisión (mitad de la pena impuesta por el homicidio simple) o hasta un mes y medio (mitad de la sanción que le correspondería por el delito de lesiones simples). Se ha considerado a la segunda hipótesis como correcta, pues nuestro sistema jurídico penal acoge el principio de acumulación jurídica de penas, traducida en imponer en este tipo de concursos la pena relativa al delito de mayor entidad, la cual se complementará con la que corresponda a los delitos que concurran y no sancionar el mismo delito dos veces. Así lo sostiene la siguiente tesis:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. CUANDO EXISTE CONCURSO IDEAL DE DELITOS. El artículo 82 del Código Penal del Estado de Baja California, acoge lo que doctrinariamente se denomina acumulación jurídica, la cual sanciona el concurso ideal de delitos, con una pena única total, en virtud de que en este supuesto, el activo realiza una conducta que infringe varios dispositivos penales que no se excluyen entre sí, tan es así que el referido artículo 82 en su primer párrafo dice: “en caso de concurso ideal, a que se refiere el artículo 22 se aplicarán las penas correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse hasta una cuarta parte del máximo de su duración, sin que pueda exceder de los máximos señalados en los artículos tercero y cuarto”; esto es, señala una sola sanción que puede ser aumentada discrecionalmente hasta la cuarta parte del máximo de las penas *correspondientes a los demás delitos cometidos*, configurándose así la pena total, es decir, lo

que se integra con la pena impuesta en base a la que corresponde al delito que merece la mayor (pena única) y lo que decide el juez imponer como aumento, en caso de que se haga uso de la facultad discrecional que le concede el citado artículo 82 del Código Penal, siendo entonces la primera, obligatoria, y la segunda, potestativa, para dicho juzgador. [Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, tesis aislada, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo xiv, octubre de 1994, pág. 313, reg. 210,236].

De acuerdo con la última reforma¹⁰ al artículo 60 del CPE, existe la posibilidad de acumulación de penas en los delitos culposos, pues con independencia de lo sostenido por la doctrina y en las legislaciones de la mayoría de los estados de la República en cuanto a la obligación de sancionar en la comisión de esta clase de delitos la conducta imprudente del activo y no los diversos resultados, lo cierto es que el legislador federal consideró procedente la aplicación de las reglas de los concursos ideales en su perpetración, al señalar lo siguiente: “En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica”.

Sobre el particular la Primera Sala del Máximo Tribunal del país, al resolver la contradicción de tesis 3/98, sostuvo el criterio jurisprudencial 1a./J. 30/99, cuyo texto es como sigue:

¹⁰ Verificada en el año de 1994.

ACUMULACIÓN DE PENAS EN LOS DELITOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 60 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, REFORMADO. Conforme a la interpretación teleológica de la reforma al artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en los delitos culposos causados mediante un solo acto o una omisión, establece la facultad de aplicación de la suma de las penas de los ilícitos causados por culpa, tomando en cuenta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo penal del delito doloso y conforme al precepto 64, párrafo primero de la ley sustantiva de la materia, exceptuando el uso de ese parámetro a aquellos casos para los que la ley señale una sanción específica, sin que sea atendible el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial número 945, publicada en la página mil quinientos cuarenta y siete, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, correspondiente a los años de 1917-1988, bajo el rubro: "IMPRUDENCIA, DELITOS POR ACUMULACIÓN IMPROCEDENTE.", porque en el caso, dicho criterio jurisprudencial es anterior a la reforma que sufrió el numeral 60 del Código Penal en cita. [Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo ix, mayo de 1999, pág. 33, reg. 193,890].

Sin embargo, en legislaciones en donde no se contemple esta disposición específica, resulta improcedente la acumulación de sanciones por concurso ideal de delitos cometidos por culpa, pues como en su oportunidad se dijo, lo que debe punirse es el comportamiento imprudente del sujeto, en tanto produce uno o varios resultados, pero sin implicar lo anterior que éstos pue-

dan sancionarse con base en un concurso ideal. En consecuencia, la pena aplicable debe ser única y no la que resulte de la regla establecida para los concursos formales; estimar lo contrario implicaría sancionar las conductas culposas como dolosas, esto es, en atención a su resultado. Así se desprende del criterio sustentado en las siguientes tesis aisladas:

IMPRUDENCIA, DELITOS COMETIDOS POR. NO OPERA ACUMULACIÓN DE SANCIONES. (CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ). Es de explorado derecho que en los delitos culposos lo que se castiga es el comportamiento imprudencial, mismo que puede producir uno o varios resultados, pues aun y cuando desde un punto de vista puramente teórico podría hablarse de un concurso formal cuando el comportamiento culposo produce varias lesiones jurídicas, como aconteció en la especie, es incorrecto afirmar que procede la acumulación de ilícitos y por este motivo aumentar las penas, como indebidamente lo hizo la responsable, pues como ya se dijo, lo que se castiga es el actuar imprudencial, sólo esta circunstancia y no las diversas infracciones que pudieran haberse ocasionado. Lo anterior se corrobora con lo dispuesto por el artículo 66 del Código Penal para el Estado de Veracruz, el cual establece que: Los delitos culposos serán sancionados con prisión de un mes a siete años, multa hasta de ciento cincuenta veces el salario mínimo y suspensión hasta de cinco años o privación del derecho para ejercer la profesión, oficio o actividad que dio origen a la conducta culposa. Cuando a consecuencia de la conducta culposa del personal de transporte de servicio público estatal, se cause más de un homicidio, la sanción será de dos a ocho años de prisión y multa hasta de trescientas veces el salario mínimo; como puede apreciarse en los delitos culposos cometidos en el Estado de Veracruz no hay posibilidad alguna de acumulación de sanciones,

porque la pena aplicable es única. [Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo iv, julio de 1996, pág. 399, reg. 201,897]

VIOLACIÓN PROCESAL. DUPLICIDAD DE SENTENCIAS POR CADA UNO DE LOS RESULTADOS DAÑOSOS COMETIDOS POR IMPRUDENCIA. En los delitos culposos lo que se pune es el comportamiento imprudencial que produce uno o varios resultados, y en esa medida no debe juzgarse su comisión aislada, pues la pena aplicable debe ser única, ya que la imprudencia queda sustraída del concurso formal o material de penas, aplicable tan sólo para los delitos dolosos; por tanto, si el Juez responsable tramitó el procedimiento duplicando diligencias, llegando al extremo de emitir dos sentencias definitivas por cada uno de los resultados dañosos, con ello viola las normas del procedimiento penal, en términos de las fracciones xvii en relación con la xv del artículo 160 de la Ley de Amparo, lo cual amerita la reposición del procedimiento con el propósito de que se emita la sentencia única que en derecho corresponda. [Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo xviii, julio de 2003, pág. 1251, reg. 183,650]

Sobre el particular es conveniente señalar que frecuentemente algunos jueces y agentes del Ministerio Público confundan los concursos materiales con los ideales, y bajo ese error, se sancionen incorrectamente la comisión de delitos autónomos e independientes. Verbigracia, se sostiene que cuando un sujeto activo, con el fin de imponer la cópula a su víctima, utiliza una fuerza excesiva, causando daños físicos en el cuerpo de ésta (concurso real heterogéneo), sólo se comete el delito de violación, “porque el otro, sirve de medio para lograr el primero”; lo cual desde luego es equívoco.

En efecto, aun cuando las alteraciones en la salud de la ofendida hubiesen sido el vehículo para cometer el delito principal de violación, que los hechos se perpetraran casi unidos en el tiempo y que la acción de fornicar sin la voluntad de la ofendida requiera de la violencia física o moral, es evidente que la alteración de la salud sufrida por ésta constituye otro delito que deja resultados lesivos diferentes al del ataque sexual, y por ende debe ser sancionado en forma independiente, como se desprende del siguiente criterio jurisprudencial:

VIOLACIÓN, ACUMULACIÓN REAL DEL DELITO DE LESIONES A LA. En la violación, la violencia física se caracteriza porque se constriñe objetivamente a la víctima para realizar en ella la fornicación, y siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en su cuerpo a fin de impedir o superar su resistencia física; mas tales imposiciones pueden constituir en simples maniobras coactivas o en la comisión de ataques corporales constitutivos de otros delitos y entonces el golpe productor de lesiones que se propine al ofendido es un acto punible que concurre en acumulación real con el delito de violación, porque no obstante el ligamento de las acciones y su unidad de intención, son ejecutadas con actos distintos, siendo aplicable lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal. [Primera Sala, tesis aislada, Sexta Época, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Precedentes Relevantes, tomo II, Materia Penal, Segunda Parte, pág. 1524, tesis 3281, reg. 908,222].

Lo mismo acontece con los llamados concursos reales homogéneos (mismo género), los cuales se ejecutan en momentos casi unidos en el tiempo (dos o más disparos de arma de fuego, que ocasionan varios resultados lesivos) o en épocas diferentes, pero al ser integrantes del mismo género, se consideran erróneamente

como un solo delito (por ejemplo, diversas violaciones sexuales en contra de la misma víctima en distintas fechas). Por el contrario, debe tenerse cuidado en casos en los que aun cuando se trate de diversas conductas delictivas, éstas constituyan modalidades del mismo delito, pues en estos supuestos debe sancionarse solamente la unidad delictiva, con independencia de que en el mundo fáctico se configuren diversas modalidades de aquél; de no considerar esa unidad delictiva, se llegaría al extremo de sancionar varias veces el mismo delito. Por ejemplo, en el delito contra la salud, si el sujeto activo es encontrado poseyendo 10 gramos de cocaína, 100 gramos de marihuana y 10 pastillas de algún psicotrópico, y se demuestra que esa posesión era con el fin de comercializar esas drogas, sería incorrecto sancionarlo por tres delitos contra la salud, en términos de lo dispuesto por el artículo 195 del CPE, pues aun cuando se impusieran las penas mínimas, la sanción no podría ser menor a quince años de prisión, siendo que esas posesiones configuran modalidades de un injusto penal único y en consecuencia deberían ser sancionadas así.

Por tanto, atendiendo a lo dispuesto por el precepto 193, párrafo tercero, del mismo código, y la tesis que más adelante se citará, al considerarse la comisión de un solo delito contra la salud —debido a la unidad de éste— y de tres de sus modalidades, lo adecuado sería imponer las penas correspondientes a ese delito y en el momento de analizar la culpabilidad del reo, elevar ésta con base en el número de modalidades cometidas, la calidad y cantidad de drogas poseídas.

DELITO CONTRA LA SALUD. CONSTITUYE UN SOLO DELITO, A PESAR DE QUE SE COMETAN VARIAS DE SUS MODALIDADES. El delito contra la salud puede configurarse por una o más de las

diversas modalidades especificadas en el artículo 194 del Código Penal Federal, que, aun con características típicas autónomas, no constituye sino modalidades del mismo delito cuya unidad subsiste a pesar de que el inculcado incurra en varias de esas formas, las cuales son tomadas en cuenta fundamental y específicamente para el efecto de la fijación de la pena. [Primera Sala, tesis aislada, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 20, Segunda Parte, pág. 37, reg. 236,871].

No debe pasar inadvertida la existencia de tipos penales en los cuales el legislador ya establece penas acrecentadas para ciertas conductas que conforman concursos formales homogéneos específicos, como sucede con el delito de portación de armas de fuego previsto en el penúltimo párrafo del artículo 83 la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, al establecer: “En el caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes”. También es el caso del delito de evasión de presos previsto en el artículo 152 del CPF, en donde se señala: “al que favorezca al mismo tiempo, o en un solo acto, la evasión de varias personas privadas de su libertad por la autoridad competente, se le impondrá hasta una mitad más de las sanciones privativas de libertad señaladas en el artículo 150, según corresponda”, y del homicidio culposo de dos o más personas (artículo 60 párrafo tercero del CPF).

No obstante, como más adelante se verá, existen infinidad de tipos penales en los que el legislador dejó de hacer ese tipo de precisiones; por tanto, evidentemente se facultó al juzgador para, en el momento de individualizar las sanciones, eleve el grado de culpabilidad del sujeto cuando, en concursos ideales que no tengan una

pena específica, se causen dos o más resultados. Como ejemplos podemos citar los delitos de peligro de contagio; corrupción de menores; lenocinio y trata de personas; revelación de secretos; desaparición forzada de personas; falsificación de moneda y uso de moneda falsa; hostigamiento sexual; violación sexual (previstos en los artículos 199 bis, 200, 201 a 207, 234 a 238, 259 bis y 265 del CPF), y otros tipos penales en donde se prevén conductas delictivas simples pero que tienen la opción de poner en peligro o dañar diversos bienes de la misma especie. Verbigracia, en los delitos citados, que al mismo tiempo el activo contagie a varias personas; que la corrupción de menores o el lenocinio sea en afectación de diversos sujetos pasivos; que la alteración, uso o distribución de moneda sea en relación con monedas de distintos países; que la violación sexual la lleve al cabo el activo en diferentes cavidades de la víctima (sobre el particular en seguida se cita la jurisprudencia sostenida por la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis número 43/2003).

VIOLACIÓN. NO SE ACTUALIZA EL CONCURSO REAL DE DELITOS CUANDO SE IMPONE LA CÓPULA POR DIVERSAS VÍAS DURANTE EL MISMO LAPSO Y SIN HABER CESADO LOS MEDIOS COMISIVOS RESPECTO DEL MISMO SUJETO PASIVO. El concurso real de delitos no se actualiza cuando el sujeto activo en el tipo penal de violación previsto en el artículo 265 del abrogado Código Penal para el Distrito Federal, lleva a cabo la imposición de la cópula por diversas vías en un solo hecho circunscrito en el mismo lapso, con unidad de resolución, sin que hubieran cesado los medios comisivos y respecto del mismo sujeto pasivo. Lo anterior es así, porque aunque se trate de diversos actos, producen un resultado final que es el menoscabo o afectación a la libertad sexual del individuo, resultado de la unificación de varios hechos naturalmente separados bajo una sola figura -que es lo que

la doctrina jurídica comúnmente denomina ‘delito plurisubsistente’. En efecto, para que exista concurso real de delitos, además de pluralidad de acciones, deben darse varios designios o propósitos delictivos, lo que en el caso no ocurre porque existe unidad de propósito delictivo y de lesión jurídica; de ahí que se trate de un solo hecho delictivo que, en su caso, podrá sancionarse con una pena mayor, de conformidad con los artículos 51 y 52 del citado código. [1ª./J. 58/2005, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo xxii, agosto de 2005, pág. 268, reg. 177,399].

b) Respecto al *concurso real* o *material*, el artículo 64 del CPF en su párrafo segundo dispone: “En el caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero”. Esto es, se sigue el sistema de acumulación material de sanciones por el concurso material de delitos. En otras legislaciones punitivas estatales, como por ejemplo la poblana, se establece: “Artículo 95. En los casos de acumulación real, se aplicará la sanción del delito más grave, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones correspondientes a los demás delitos, sin que en caso alguno pueda exceder de cincuenta años de prisión”; esto es, se sigue el sistema de acumulación jurídica de penas por concursos materiales de delitos. Con este último sistema, a mi juicio, acertadamente el legislador otorga la facultad potestativa al juzgador en esta clase de concursos, para sancionar sólo el delito de mayor entidad, pudiendo en consecuencia dejar de imponer penas por los delitos concurrentes a éste; con ello el órgano jurisdiccional tiene menos restricciones a la hora de individualizar las sanciones, pudiendo, en

consecuencia, adecuar una pena más acorde a cada caso concreto.

Sin embargo, se estima una correcta actuación por parte del legislador federal al establecer la forma de acumulación material de penas en este tipo de concursos, pues por la práctica se ha advertido que la citada facultad no ha sido debidamente ejercida por algunos jueces, quienes por razones etéreas, en algunos casos o en otros para obviarse mayor trabajo –ya que para establecer un grado de culpabilidad superior al mínimo, legalmente se deben plasmar consideraciones fundadas y motivadas– prefieren limitarse a sancionar únicamente el más grave, a fin de no estar obligados, mediante la concesión de un amparo, a razonar y fundar suficientemente alguna elevación. Empero, debido a que la culpabilidad del autor es diferente en cada hecho criminal, la individualización debe hacerse por cada uno de los delitos que concurren, esto es, el juzgador tiene la obligación legal de establecer el grado de culpabilidad evidenciado por el enjuiciado al cometer cada una de esas conductas delictivas. Sobre el particular, existen criterios jurisprudenciales que explican el tema:

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN, DE LA, EN PROCESOS ACUMULADOS. Si la autoridad responsable en procesos acumulados impone una pena global, coloca al quejoso en estado de indefensión, al privarlo, con ese proceder, de la oportunidad de argumentar lo conducente para su defensa en cuanto a la pena aplicada en cada delito, puesto que al no precisarse dichas penas, desconoce el sentenciado, cuál es la que se le está imponiendo en cada caso acumulado. [Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, Octava Época, *Apén-dice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*,

Precedentes Relevantes, tomo II. Materia Penal, Tercera Parte, págs. 2703 y 2704, tesis 5269, reg. 910,210].

CONCURSO REAL DE DELITOS, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL CASO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). Del artículo 61, fracción I, del Código Penal del Estado de Tlaxcala se desprende que tratándose de concurso real de delitos la pena debe individualizarse por el delito que merezca sanción mayor, y en caso de que el juzgador en uso de la facultad discrecional que le concede el mismo artículo, decida imponer al acusado la pena por otro, otros o todos los demás delitos cometidos, deberá individualizar la pena por cada uno de ellos; es decir, no es correcto individualizar la pena en conjunto ya que cada delito tiene sus características propias, por lo que el juzgador con base en las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, debe precisar las razones que tenga para ubicar la peligrosidad del acusado en un grado determinado, respecto de cada delito en particular pues de no ser así se dejaría en estado de indefensión al quejoso, violando con ello sus garantías individuales. [Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Octava Época, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Precedentes Relevantes, tomo II, Materia Penal, Tercera Parte, pág. 1943, tesis 4012, reg. 908,953].

No resulta por demás referir, en adelante al siguiente capítulo, que cuando exista un concurso real o formal de delitos, pero por alguna circunstancia, como podría ser una deficiente acusación o la omisión del Ministerio Público en cuanto a aportar algún elemento complementario de prueba, el juez se viera imposibilitado a imponer pena por uno o varios de los delitos que concurren en los hechos, en el análisis de la reprochabilidad de la culpa, al ponderar la extensión del daño causado, debe reflejar la existencia de un grado

de culpabilidad superior la concurrencia de esas otras conductas delictivas las cuales configuran tipos básicos o subordinados, no siendo posible en consecuencia imponer penas autónomas por esa o alguna otra razón.

c) Finalmente, tocante al *delito continuado*, el citado artículo 64 del CPF en su último párrafo señala: “En caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que se exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero”. El propio legislador definió, en el artículo 7º del CPF, lo que debe entenderse por delito continuado al señalar en su fracción III, “continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”. Esta clasificación, según algunos estudiosos, se debe a los “prácticos” italianos, quienes, debido a que en la Edad Media a los reincidentes se les aplicaba la pena de muerte, para evitar esa grave sanción al autor de tres hurtos, establecieron la unicidad del delito en ímpetu único que habría determinado su comisión, lo cual se justifica en el ejemplo, citado por el maestro Pavón Vasconcelos en su *Diccionario de Derecho penal* al definir este concepto, “...del ladrón que entra a una casa y se apodera de uno y otro objeto sucesivamente, ya que si bien en cada apoderamiento conjunta los elementos típicos del delito, no se trata de un solo hurto, a través de varios apoderamientos, ya que existe entre todos los actos ejecutados una ‘estrecha conexión espacial y temporal’”.¹¹

¹¹ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho penal*, 3ª ed. México, Porrúa, 2003, pp. 299 y 300.

Atento a lo antes mencionado, se concluye en lo particular la aplicación de la figura en análisis sólo para los delitos patrimoniales, en los que se puede hacer una suma de los montos o afectaciones de índole patrimonial al pasivo por las distintas conductas delictivas y que, por ello, sería ilógico sancionar al empleado por treinta robos, si durante treinta días sustrajo de la tienda en la que laboraba mil pesos diarios; sin embargo, en delitos como los cometidos contra la vida e integridad corporal de las personas, la libertad y el normal desarrollo sexual o el de privación ilegal de la libertad, aplicar la regla citada al inicio de este inciso (aumentar de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido) resulta benévolo en demasía para el delincuente, dado que en los tipos penales de referencia no pueden ser sumados sus resultados, como acontece con los delitos patrimoniales, y, por ende, cuando se comete el delito de violación en forma reiterada en contra de una menor, no se actualiza un delito continuado sino un concurso de delitos homogéneos, el cual debe ser sancionado en términos del artículo 64, párrafo segundo, del CPF. En ese sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 201/2005, con el rubro y texto siguientes:

ABUSO SEXUAL. SE ACTUALIZA EL CONCURSO HOMOGÉNEO DE DELITOS CUANDO EXISTA PLURALIDAD DE CONDUCTAS EJECUTADAS POR EL MISMO SUJETO ACTIVO EN CONTRA DEL MISMO PASIVO, REALIZADAS EN DISTINTO TIEMPO. Cuando en el delito de abuso sexual se está en presencia de pluralidad de tocamientos efectuados por el activo en el cuerpo de la víctima, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumir dicho ilícito, en cada una de ellas se actualizará un delito

independiente, pues el abuso sexual es un delito instantáneo, porque en el mismo momento en el que se actualiza la conducta punible se produce el resultado, esto es, se destruye o sufre un menoscabo el bien jurídico tutelado, por lo que debe estimarse que se actualiza el concurso real homogéneo de delitos. En estos casos, no puede hablarse de un delito continuado, porque las conductas que se producen bajo ese esquema no son susceptibles de actualizar la unidad de propósito delictivo que requiere este tipo de delitos, entendiendo como tal el elemento de carácter subjetivo que exige del sujeto activo un conocimiento estructurado, un trazo a modo de plan o proyecto o un designio único, mediante el cual las diversas acciones delictivas aparecen significando etapas de realización hacia un objetivo común y por esa razón integran un delito único. [Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, febrero de 2006, p. 33, reg. 176, 058].

VI. POR LA REINCIDENCIA O HABITUALIDAD

El artículo 20 del CPF dispone:

Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha trascurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

Por otra parte, el diverso 21 señala:

Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de las misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período de diez años.

Al respecto debe referirse que, en la exposición de motivos previa a la reforma del artículo 52 del CPF, de 10 de enero de 1994, se advierte la intención del legislador federal en cuanto a sustituir el criterio “peligrosidad” del delincuente, por el de “reprochabilidad de la culpa” para los efectos de la individualización de la pena, con lo cual pretendió sustituir un *Derecho penal de autor* por un *Derecho penal de acto*, esto es, castigar al delincuente sólo por sus actos delictivos que dieron lugar a ese proceso, sin tomar en cuenta su conducta precedente; no obstante, dejó vigentes disposiciones como las contenidas en el artículo 65, que reza:

La reincidencia a que se refiere el artículo 20 *será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena* [...] En caso de que el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, *fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará* en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero

Estas últimas disposiciones conducen a establecer que la reincidencia o habitualidad en que incurra el enjuiciado, por las razones ya asentadas, deberán ser un factor para la agravación de las penas básicas cuando se reúnan los requisitos establecidos en la propia ley. Ello con independencia de que, de no reunir esos requisitos y sólo constituir antecedentes penales, sean valorados por el juzgador de acuerdo con lo que se expone en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO SEGUNDO

OBTENCIÓN DEL ÍNDICE DE REPROCHABILIDAD DE LA CULPA DEL ENJUICIADO (CIRCUNSTANCIAS NO LEGISLADAS)

Una vez establecido el marco penal concreto, con base en las entidades típicas legisladas, el juzgador deberá establecer el grado de culpabilidad del enjuiciado, para finalmente fijar la cuantía concreta de pena imponible.

Ahora bien, los elementos que el juez debe tomar en consideración para determinar el grado de culpabilidad dependen del sistema adoptado por el legislador para la individualización de la pena. Como se dijo al final del capítulo precedente, con la reforma al artículo 52 del CPF de 10 de enero de 1994, el legislador pretendió adoptar el sistema de *reprochabilidad de la culpa* en lugar del análisis de la *peligrosidad o temibilidad* del agente, para los efectos de la individualización de la pena, al establecer: “El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...”; esto se corrobora con la exposición de motivos respectiva. Sin embargo, no abrogó las instituciones relativas a la reincidencia y habitualidad¹² y, además, dejó en la parte *in fine* del artículo 51 del CPF, la posibilidad de que, dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales apliquen las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta no sólo las circunstancias exteriores de ejecución del hecho, sino también las “peculiares del delincuente”.

¹² Al traducirse en entidades legisladas, que, como se dijo, castigan no al acto por sí mismo, sino también al actor por su conducta precedente.

Por ello, acertadamente la Primera Sala, al resolver la contradicción de tesis número 16/2001, hizo una interpretación sistemática de esos preceptos y sostuvo que para determinar la culpabilidad deben tomarse en cuenta los antecedentes penales del procesado, adoptando así un sistema mixto: “el de culpabilidad del acto como núcleo del esquema y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada”. La experiencia nos lleva a considerar adecuada esa medida, al no resultar equitativa la imposición de la misma pena a los coautores de un ilícito, cuando uno de ellos tenga antecedentes criminales por su inclinación a cometer delitos y el otro sea primo delincuente, lo cual puede quedar evidenciado en los informes de ingresos a prisión, rendidos por las autoridades competentes. La citada jurisprudencia dice:

CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca,

en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no. [1a./J. 76/2001, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, octubre de 2001, pág. 79, reg. 188,636].

Por otra parte, al obtener el grado de culpabilidad, no basta el señalamiento de los preceptos legales aplicables

y la referencia a las circunstancias enumeradas en éstos con el mismo lenguaje general y abstracto de la ley, al resultar necesario que el juzgador o el tribunal en su sentencia lleve a cabo un verdadero juicio de valoración de todos y cada uno de los datos existentes en el sumario, para encontrar en el enjuiciado el grado de reprochabilidad de su culpa dentro del marco penal establecido; tal y como lo ha establecido la Suprema Corte en jurisprudencia firme, que literalmente señala:

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. REQUISITOS. Para una correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular ni es suficiente hablar de las circunstancias que enumeran con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley; es menester razonar su pormenorización con las peculiaridades del reo y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera como influyen en el ánimo del juzgador para detenerlo en cierto punto entre el mínimo y el máximo. [Primera Sala, Sexta Época, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Jurisprudencia, tomo II, Materia Penal, pág.179, tesis 241, reg. 904,222].

Es importante señalar que de acuerdo con el principio de *in dubio pro reo*,¹³ la culpabilidad de un sujeto debe en principio ser considerada mínima, siendo precisamente esas circunstancias relativas a las exteriores de ejecución del delito y las particulares del delincuente, las que al irse acreditando, reflejen un mayor grado de la misma. Sobre este tema, el Primer Tribunal Colegiado

¹³ Principio que parte de la base de una mínima culpabilidad en todo inculpado, salvo prueba en contrario.

en Materia Penal del Sexto Circuito sostuvo la jurisprudencia cuyo texto es como sigue:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). La determinación de la pena a imponer por parte del juzgador, de acuerdo con el capítulo décimo octavo del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, se rige por lo que la doctrina llama “sistema de marcos penales”, en los que hay una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y un mínimo fijados para cada tipo de delito. Ahora bien, diversas circunstancias del hecho, pueden dar lugar a que cambie el inicial marco penal típico, ello sucede por la concurrencia de cualificaciones o de subtipos privilegiados; por estar el hecho aún en grado de preparación; por el grado de participación; por existir excluyentes incompletas, o un error de prohibición vencible, o por las reglas del concurso o del delito continuado. Fijada esa cuantía concreta imponible, el Juez sin atender ya a ninguna de esas eventualidades del hecho (a fin de no recalificar la conducta del sentenciado) “teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada delincuente y las exteriores de ejecución del delito” (artículo 72) moviéndose del límite mínimo hacia el máximo establecido, mediante “un poder discrecional y razonado” (artículo 73) deberá obtener el grado de culpabilidad; y en forma acorde y congruente a ese cuántum, imponer la pena respectiva. En resumen, si el juzgador considera que el acusado evidencia un grado de culpabilidad superior al mínimo en cualquier escala, deberá razonar debidamente ese aumento, pues debe partir de que todo inculcado es mínimamente culpable, de acuerdo al principio de indubio pro reo, y proceder a elevar el mismo, de acuerdo a las pruebas que existan en el proceso, relacionadas éstas sólo con las características peculiares del enjuiciado y aquéllas que se desprendan de la comisión del hecho punible; pues si bien es cierto que el

juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, ya que de ser así desaparecería el arbitrio judicial, no menos verdadero es que esa facultad de elección y de determinación que concede la ley, no es absoluta ni arbitraria, por el contrario debe ser discrecional y razonable. [Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, jurisprudencia, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, octubre de 2000, pág. 1171, reg. 191,042].

Con base en lo antes establecido, el juez obtendrá, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 52 del CPF, las apuntadas circunstancias exteriores de ejecución del delito y las peculiares del delincuente que a continuación se analizan:

I. LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO O DEL PELIGRO A QUE HUBIESE SIDO EXPUESTO

En la mayoría de los tipos penales, estos aspectos ya se encuentran contemplados, al haber establecido el legislador penas más severas para aquellas conductas que causan un mayor daño (en delitos de resultado material) o que ponen en mayor riesgo el bien jurídicamente tutelado (en delitos de peligro). Verbigracia, en el caso del delito de lesiones, previsto en el artículo 288 del CPF, en los subsecuentes numerales, casuísticamente se van señalando sanciones más severas cuando el daño causado al ofendido es más importante o deja más secuelas. Lo mismo acontece con los delitos patrimoniales, en los que la cuantía del daño está relacionada con el monto de las penas.

Sin embargo, en estos delitos existe un límite penal mínimo y un tope penal máximo, y, por ende, el juez debe ponderar dentro de ese marco la pena correspon-

diente. Así podemos señalar que si se trata del delito de lesiones, previsto y sancionado por el artículo 293, que establece: “Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión...”, el juez, teniendo en cuenta en qué proporción o hasta qué grado se puso en peligro la vida del ofendido, podrá ubicar el índice de reprochabilidad de la culpa. Lo mismo acontece con los delitos patrimoniales; en el caso del robo, el artículo 370 establece, en tres párrafos, los marcos penales correspondientes a la cuantía de lo robado; entre esos parámetros el juzgador podrá establecer un grado de culpabilidad, en tanto el daño se acerque más al mínimo o al máximo de esa cuantía, sobre todo, en el caso del último párrafo, ya que éste sólo se concreta a señalar la cuantía mínima, al referir: “Cuando exceda de quinientas veces el salario...”; no será igual el daño causado cuando el valor de lo robado se acerque a esa suma, que cuando más se aleje. Así pues, la reprochabilidad de la culpa deberá aumentar cuando la cuantía del robo se separe del límite mínimo.

No debe olvidarse que tratándose de los delitos culposos, la ponderación de la gravedad del daño causado debe ser un aspecto relevante para la reprochabilidad de la culpa, ya que el artículo 60 del cpf impone al juzgador la obligación de tomar en consideración, además de las circunstancias generales (artículo 52), lo siguiente:

- I. la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. el deber del cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;

- III. si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios; y
- V. el estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.

Además, se debe atender al estado físico del agente al cometer la acción u omisión culposa, esto es, si se encontraba en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, enfermo, cansado (con excepción de los actos u omisiones culposos calificados como graves). El marco jurídico punitivo estatuido en el artículo 60 del CPF, no es muy amplio: “hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso”, aun cuando se trate del homicidio de dos o más personas y que el sujeto activo se hubiese encontrado en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos, de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, al cometer el hecho. Por ello, debe ser un factor importante para la elevación del grado de culpabilidad en esta forma de comisión culposa, la gravedad del daño o daños causados con la conducta imprudente o culposa, pues, como ya se vio, en este tipo de delitos (culposos) en algunas legislaciones estatales no existe la posibilidad de aplicar las reglas de la acumulación de penas, por no actualizarse el concurso de delitos.¹⁴

Con la comisión de los delitos dolosos, pueden configurarse otra clase de daños diferentes a los previstos

¹⁴ Ver tesis transcrita a página 42.

como consecuencia lógica del delito, y que desde luego no fueron contemplados por el legislador en la descripción típica. Como ejemplo podemos citar: los tipos penales de carácter patrimonial que se cometan en contra de discapacitados, menores o de personas de la tercera edad o que su perpetración deje en total desamparo a la víctima o a los ofendidos; o de otros ilícitos en los cuales su ejecución deje secuelas emocionales graves en el pasivo o en familiares de éste (como acontece con mayor presencia en el delito de secuestro); o con los tipos penales de los delitos contra la vida y la integridad corporal que se cometan en contra de menores, incapaces o ancianos,¹⁵ o en agravio de personas cuya actividad diaria sea la de proteger a sus semejantes, como podría ser el caso de policías, sacerdotes, benefactores, filántropos, altruistas, o que la acción delictiva dejare desprotegidos a discapacitados, niños, o personas de la tercera edad. Finalmente, debe decirse que en algunos delitos, como el de evasión de presos (art. 150), el legislador establece una agravación de la pena cuando la conducta que previene y pune se comete favoreciendo a detenidos o procesados por delitos contra la salud, o bien tratándose de condenados; no obstante, como no sólo ese tipo de ilícitos causan un grave daño a la sociedad, pues existen otros (como el secuestro, genocidio, corrupción de menores e incapaces, violación, homicidio calificado, etcétera) que con igual o mayor grado afectan los bienes jurídicos que protegen, el juzgador, tomando en cuenta esta disposición legal, puede y debe establecer

¹⁵ La legislación penal del estado de Michoacán, en su artículo 21, señala como agravante delinquir contra personas indefensas por su sexo, edad o cualquier otra circunstancia.

mayor culpabilidad al reo de evasión de presos de los detenidos o procesados por este tipo de delitos.

Otro de los factores a ponderar por parte del juzgador al analizar la extensión del daño causado se puede encontrar, como antes ya se dijo, en el caso de que se hubiere concretado un diverso delito (concurso de delitos) o varias calificativas, pero que, por deficiencias en la acusación del Ministerio Público o por algún otro motivo se encuentra impedido para imponer pena por alguno de los delitos que concurren con el delito principal o por las calificativas no consideradas, aunque sí debidamente demostrados; con base en la fracción 1 del artículo 52, el juez puede y debe establecer un grado de culpabilidad superior, por la concurrencia de los otros tipos o subtipos penales que se concretizaron. Lo mismo acontece cuando se actualice un concurso formal o ideal que, por disposición expresa de la ley, obligue al juez a imponer pena sólo por el delito mayor (caso de las legislaciones estatales), pues al analizar la reprochabilidad de la culpa, a fin de imponer una pena acorde a los hechos, podrá tomar en consideración el número de resultados concurrentes, para establecer un índice de culpabilidad superior del sujeto. Por ejemplo, si Juan, para matar a Pedro, resuelve dañar el sistema de los frenos del autobús que éste conduce, y como resultado de esa acción (única) causa la muerte no sólo de Pedro sino de otras tres personas, lesiones a otras tantas y causa daños al autobús, legalmente el juez sólo puede sancionar completamente el delito de mayor entidad y aumentar hasta una mitad del máximo de su duración al tratarse de un concurso ideal (artículo 64 del crr), pero en términos de lo dispuesto por la fracción 1 del citado artículo, puede y debe atender a la extensión de

los daños causados (número de resultados materiales o formales) y así elevar el grado de culpabilidad del sujeto; sin que con ello se recalifique la conducta del enjuiciado, pues el marco penal se concretará sólo en relación con el delito de mayor entidad. Esas mismas consideraciones son aplicables al delito continuado, pues el juzgador puede, al establecer la culpabilidad del enjuiciado, tomar en cuenta el número de conductas delictivas cometidas por el autor en contra del sujeto pasivo.

Ahora bien, el segundo supuesto ha sido erróneamente interpretado por algunos jueces, quienes por lo regular hacen mención en sus sentencias “al peligro corrido por el delincuente en la comisión del delito”; lo cual resulta equivocado, pues evidentemente se trata de una circunstancia de ejecución del delito y no de una peculiar del delincuente, al encontrarse redactada en la fracción 1 del artículo 52, en donde se hace mención a aspectos del delito y no del delincuente; además, se encuentra referida en seguida del “daño causado”, esto es, relativa a los delitos de resultado material. Así las cosas, lo pretendido por el legislador fue la valoración en esta fracción, para obtener la culpabilidad del sujeto, no del peligro que éste hubiera corrido al cometer el delito —que bien puede contemplarse al establecer las condiciones especiales del delincuente al momento de cometer el delito— sino más bien la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido por la acción desplegada por el delincuente, en casos de delitos que carecen de resultado material (de peligro); de entre ellos podemos citar a:

a) La tentativa, que, como ya se ha destacado en párrafos precedentes, para ser sancionada el juzgador, además de tomar en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en los artículos 51 y 52 del CPE,

deberá tener en consideración el grado de aproximación a que hubiera llegado el autor de la tentativa en la ejecución del delito. Así, la culpabilidad del delincuente irá aumentando conforme realice más acciones que lo aproximen a la consumación del delito; sobre el tema existe la siguiente tesis aislada:

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE (LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL). Para la individualización de la pena, cuando se trata de tentativa, no basta tomar en cuenta las circunstancias que sirvieron para fijar la peligrosidad del activo, sino que es preciso también establecer a qué grado se llegó dentro del proceso de ejecución del delito. Además, si la ley no determina, en el delito tentado, el mínimo a imponer, sino que se refiere hasta las dos terceras partes, como ocurre en el caso del artículo 63 del Código Penal Federal, debe entonces acudir-se a la regla general que contempla el artículo 25 del ordenamiento legal invocado, que alude a que la sanción será de tres días hasta cuarenta años, o sea, que para el caso concreto, el mínimo debe ser de tres días, hasta las dos terceras partes de la sanción que corresponda al delito consumado, margen éste en que se debe mover el juzgador para fijar la pena, tomando en cuenta el grado de ejecución. [Primera Sala, tesis aislada, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 169-174, Segunda Parte, pág. 153, reg. 818,461].

b) Los delitos de peligro sin resultado —previstos en algunas legislaciones penales estatales—, las diversas modalidades en el delito contra la salud, el abandono de personas, la posesión o portación de armas de fuego (en el primer caso, de uso exclusivo de las fuerzas armadas del país y sin la licencia respectiva para las armas que pueden poseerse o portarse con la autorización res-

pectiva), etcétera. En ellos, por no requerir el tipo penal un daño material al bien jurídicamente tutelado, se debe valorar en qué proporción se puso éste en riesgo. Verbigracia, se puede señalar en el delito de abandono de personas previsto por el artículo 335, la edad, sexo y condiciones de la víctima, las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que tuvo efecto el abandono, y que por tanto pudieron evidenciar menor o mayor peligro para el ofendido, y en el delito contra la salud se pueden tomar en consideración:

- 1) la cantidad y/o calidad del narcótico que hubiese sido objeto de alguna de las conductas prohibidas por la ley, pues entre más cuantía, mejor pureza o eficacia del estupefaciente, mayor reprochabilidad debe hacérsele a los partícipes;
- 2) la cercanía a ejecutar con esas sustancias prohibidas conductas más significativas para el Derecho penal, como acontece en el caso del poseedor que haya estado próximo a realizar la venta, transportación o suministro del producto, pues evidentemente la culpabilidad del reo debe aumentar cuando más se pone en riesgo el bien jurídicamente protegido por la norma penal, en el caso, la salud pública.

II. LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN U OMISIÓN

Es un error —de los jueces en sus sentencias— considerar, para estimar un mayor grado de la culpabilidad del enjuiciado, bajo este concepto, aspectos relacionados con los siguientes temas: “...que el delito ...afectó gravemente a la sociedad...”, “ocasionó un daño a uno de los bienes más preciados que es la vida de un ser humano...”, “atacó

la libertad del ofendido...”, “se cometió contra el patrimonio de las personas...” o “los ofendidos vieron quebrantadas sus garantías de paz y seguridad”; pues precisamente ese ataque es lo que recoge la norma penal para establecer no sólo la existencia del delito, sino la penalidad que el legislador estimó conveniente. Sobre el tema, la Primera Sala sostuvo la siguiente tesis aislada:

AGRAVANTES DEL DELITO. No debe tomarse en cuenta, con el carácter de agravante, el ataque o amenaza que significa el delito contra la sociedad, puesto que precisamente ese ataque o esa amenaza es lo que recoge la norma de derecho objetivo para establecer, no sólo la existencia de dicho delito, sino la penalidad que el legislador estima conveniente. [Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo cxix, rég. 1981, rég. 296,303].

De igual forma, no debe tomarse en consideración como aspecto que eleve el grado de culpabilidad “la repugnancia que inspira el delito a la moral individual y social”, ya que también esos aspectos fueron recogidos por el legislador para crear la norma de derecho, y establecer no sólo su existencia sino también su penalidad, tal y como se sostuvo en el siguiente criterio:

AGRAVANTES (LEGISLACIÓN DE VERACRUZ). No debe tomarse en cuenta como agravante la repugnancia que inspira el delito a la moral individual y social, puesto que precisamente ese ataque es el que recoge la norma de derecho objetivo para establecer no sólo su existencia, sino la penalidad que el legislador estima conveniente; en tal virtud, atender a ello para estimar una agravante, resulta indebido y violatorio de garantías individuales. [Primera Sala, tesis aislada, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo cxv, rég. 1029, rég. 297, 266].

Tampoco debe servir para el mismo fin hacer énfasis a la forma de comisión del delito (verbigracia, decir que resulta relevante que el delito se hubiese cometido en forma dolosa, sin especificar qué tipo de dolo), ya que con ello se recalifica la conducta del enjuiciado, al ponderar doblemente esas circunstancias, que ya el legislador las tomó en consideración al establecer penas mayores en comparación de los delitos culposos. Asimismo, es incorrecto que, no obstante imponerse pena por una calificativa, al establecerse la culpabilidad del agente, se diga: "...el delincuente actuó con ventaja" o "...con violencia, ...en lugar cerrado", etcétera, ya que los tipos y subtipos penales legislados, en su estructura, contienen una mayor o menor punibilidad, según el daño causado o la puesta en peligro al bien jurídicamente protegido, esto es, a más daño o mayor puesta en peligro al bien tutelado, mayor pena como sucede en el injusto de lesiones y en los delitos patrimoniales, en donde se estatuyen penas en proporción al daño causado; o en los delitos consumados, en comparación con los tentados; o en los delitos dolosos respecto de los culposos; pues las sanciones establecidas son acordes a la importancia que para el Derecho penal tiene cada bien jurídico tutelado. En apoyo a lo dicho, se citan los siguientes criterios:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTÍAS. De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individua-

lización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma “non bis in ídem” reconocido por el artículo 23 constitucional. [11.20.P.A. J/2, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Penal del Segundo Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 11, diciembre de 1995, pág. 429, reg. 203,693].

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN JURISDICCIONAL Y NO LEGAL DE LA. Si una circunstancia ya fue tomada en consideración por el legislador para agravar las penas que en abstracto señala la disposición legal respectiva, ya no le es permisible al sentenciador invocar esta circunstancia al individualizar la pena, para determinar una peligrosidad mayor en el reo, sino sólo para precisar el tipo legal en el que quedó comprendida la conducta delictuosa. Esto es, cuando legislativamente se agrava la penalidad de un delito, calificándolo por razones que determinen una mayor peligrosidad en el autor o mayor gravedad en el resultado, no es dable al juzgador invocarlas al sancionar conforme a ese precepto, para aumentar la pena, porque ello equivaldría a que el acusado sufriera una doble agravación por una misma causa y nunca se impondría la pena mínima. [Primera Sala, Séptima Época, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Precedentes Relevantes, tomo 11, Materia Penal, Segunda Parte, págs. 1008 y 1009, tesis 2141, reg. 907,082].

Luego, el legislador al hablar de la “naturaleza de la acción o de la omisión” evidentemente no quiso referirse a ninguno de esos conceptos, por lo cual, la sentencia que los pondera, al estudiar la culpabilidad del reo, viola el principio *non bis in ídem*, reconocido por el artículo 23 constitucional, ya que con ello se efectúa un doble reproche en contra del justiciable. Pero entonces, ¿a cuál naturaleza de la conducta delictiva se refiere el legislador en esta disposición? Se considera que con esta expresión no muy afortunada, el creador de la ley quiso referirse a las clases de dolo o de culpa materializados para violar la norma penal; así pues, si se trata de una conducta intencional, el juez deberá establecer si la acción delictiva del sujeto se cometió con: a) dolo directo, b) dolo indirecto o eventual, ya que esta “naturaleza” de la conducta dolosa puede llevar al juzgador a establecer una mayor o menor culpabilidad del enjuiciado, de acuerdo con el dolo empleado. Lo mismo acontece con la culpa, pues ésta se puede presentar en forma: a) grave (cuando el activo se hubiese representado el resultado como posible), o b) leve (cuando ese resultado no lo hubiese previsto el activo, siendo previsible). No obstante, debe decirse que, para este tipo de delitos (culposos), como ya se vio, el legislador añadió en el artículo 60, en cinco incisos, otras circunstancias concretas que el juzgador debe tomar en consideración para la calificación de la gravedad de la culpa.

III. LOS MEDIOS EMPLEADOS PARA EJECUTAR EL DELITO

Esta circunstancia debe ser considerada para establecer la reprochabilidad de la culpa, sólo en el caso de que no forme parte de la descripción legal del tipo básico o del complementario. Por ejemplo, si el homicidio se consideró calificado por la ventaja, al haber sido superior el activo por las armas utilizadas, sería ilegal que al analizar la culpabilidad del sujeto se volvieran a tomar en consideración, como un aspecto significativo, los medios empleados, pues con ello se estarían imponiendo dos penas por la misma causa.

Sin embargo, existen algunos delitos que no contienen legislados los medios empleados y que deben ser motivo de una elevación de la reprochabilidad de la culpa; podemos citar como ejemplo los casos en los cuales el activo, aprovechando su habilidad, destreza o conocimientos en un arte o ciencia u oficio, los utiliza para cometer el ilícito penal. Verbigracia, el médico que para violar a su paciente, le suministra un narcótico que la hace perder la conciencia; lo mismo acontece cuando el sujeto emplea la vestimenta o el uniforme similar o idéntico al de un policía, marino, soldado, médico, enfermera, etcétera, o utiliza identificaciones o credenciales falsas o alteradas, o un vehículo “clonado” como patrulla, pues es evidente que esos mecanismos le sirven de medio eficaz para cometer con mayor facilidad el delito. Circunstancias éstas que, de no estar contempladas como entidades legisladas o de estarlo no exista acusación al respecto, deben ser tomadas en consideración para elevar el grado de culpabilidad del autor.

Finalmente, debe decirse que algunas veces se considera un delito como medio adecuado para cometer otro, como sucede en el delito de allanamiento de mo-

rada para perpetrar el de lesiones, o éste para cometer el robo con violencia, tomando en consideración que aquél sirvió de medio eficaz para cometer éste, y por tanto no existió dolo directo para la ejecución del primero. En esos casos, el juez debe establecer una mayor reprochabilidad de la conducta, al haberse perpetrado un delito, que por razón de técnica jurídica no se sanciona autónomamente, pero que en el mundo fáctico aconteció, afectando en consecuencia el bien jurídicamente tutelado.

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR, MODO Y OCASIÓN DEL HECHO REALIZADO

Para algunos delitos, también estas ocurrencias se encuentran legisladas como agravantes de la conducta básica, por ejemplo, todas aquellas hipótesis señaladas en las dieciséis fracciones del artículo 381 del CPF. No obstante, existen tipos penales que no las configuran como agravantes de la conducta. En este último supuesto, el juzgador deberá tenerlas presentes al analizar la culpabilidad del reo, verbigracia, cuando el delito se cometa aprovechando, la oscuridad de la noche; la soledad del lugar (despoblado o aislado); las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público, etcétera.

V. LA FORMA Y GRADO DE INTERVENCIÓN DEL AGENTE EN LA COMISIÓN DEL DELITO

La codificación punitiva federal contempla como entidad legislada (artículo 13, último párrafo, en relación con el 64 bis) una disminución de las penas para aquellos quienes actúan como cooperadores o auxiliares

de los autores en la comisión de un delito; sin embargo, en la mayoría de las legislaciones estatales no existe disposición en ese sentido, por lo cual el juzgador podrá aumentar o disminuir las penas de acuerdo a la forma o grado de intervención del agente en la perpetración del delito. Sin embargo, en ambos casos el juzgador debe ponderar una mayor culpabilidad para aquellos que actúan como inductores o instigadores de un delito, pues las conductas materializadas por este tipo de delinquentes se consideran como generadoras del delito, que en algunas ocasiones los demás partícipes no tenían en mente realizar.

VI. LA CALIDAD DEL AGENTE Y LA DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO

Algunos tipos penales contienen circunstancias referentes a los vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales existentes entre el infractor y el ofendido como elementos constitutivos de ellos; en esos casos, el juzgador no podría ya atender esas ocurrencias, al analizar la culpabilidad del agente, para agravarla. Por ejemplo, en el tráfico de menores (artículos 366 ter y 366 quáter), porque el tipo requiere que el agente sea un familiar del menor; en el peculado (artículo 223), porque el delito exige que el agente sea servidor público; en la violencia intrafamiliar (artículo 343 bis), porque el injusto penal requiere que el agente sea miembro de la familia, etcétera.

Igualmente, tampoco podrá considerar éstas cuando se encuentren legisladas como agravantes de la conducta, como acontece en los delitos de homicidio en razón del parentesco o relación (artículo 323 del CPF); de robo cometido por un dependiente o doméstico contra su patrón o de éste contra aquéllos

(artículo 381 del CPF); de violación y abuso sexual tipificado y penado en el artículo 266 bis; de secuestro cuando concurren las circunstancias señaladas en el artículo 366 fracción II, incisos b) y e). No obstante, existen algunos tipos penales que no contienen legislada la agravación de la pena cuando se actualizan estas circunstancias peculiares del delincuente, y que favorecen la ejecución del delito. Verbigracia, en los delitos de allanamiento de morada, asalto y atraco, previstos en los artículos 285, 286, 287, cometidos por policías o agentes de la autoridad, o en el secuestro cometido por parientes o amigos cercanos de la víctima. En esos casos, el juzgador necesariamente debe establecer un mayor grado de culpabilidad, dado que esas ocurrencias proporcionan al agente condiciones a partir de las cuales se facilita la comisión del delito.

Conviene establecer que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54, las calidades en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito sólo son aplicables cuando el agente tenga conocimiento pleno de ellas; sin olvidarse que a diferencia de otras ramas del derecho, en el punitivo no se requiere de la demostración formal del parentesco existente entre el pasivo y el activo del delito, para estimar acreditada tal relación, ya que los fines y objetivos del sistema penal difieren sobremanera de los otros existentes, en atención a que aquél gira en torno a la concepción y percepción asumida por el activo en relación con el parentesco al ejecutar la conducta delictiva. Así, si en el supuesto caso de que no se demostrara documentalmente en juicio la existencia de la relación de parentesco entre activo y pasivo en la comisión del parricidio, pero obrara en autos constancia de que el autor

en el momento de la comisión del hecho punible estaba consciente de que éste era su padre adoptivo, la agravante del delito de homicidio por razón del parentesco se actualizó, atento a que en el homicida existía la plena certeza de ese lazo de unión.¹⁶ En ese sentido se pronunció la Primera Sala, al resolver la contradicción de tesis (48/96), en la jurisprudencia 24/97, cuyo texto es el siguiente:

PRUEBA INDICIARIA, LA FORMA DE OPERAR LA, EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL, ES DIFERENTE AL DEPENDER DEL DERECHO SUSTANTIVO QUE SE PRETENDE. El derecho procesal es el instrumento que sirve para la observancia efectiva del derecho sustantivo, por lo que, a las características y particularidades de este derecho, se encuentran adecuados los tipos de procedimientos que les resulte conveniente para su concreción judicial, de lo que se sigue que, si los derechos sustanciales llegan a tener naturaleza discordante uno de los otros, resulta que los procedimientos que se le ajusten deberán ser también discordantes y contener reglas y especificidades en consonancia con la naturaleza del derecho material al cual sirvan, de lo que se colige que si al derecho civil se le reputa como privado y al penal como público, ello lleva ya implícita la diferenciación de sus naturalezas y, por lo mismo, de esto se deriva que los procedimientos que les son relativos presentan formas de actuación divergentes, de esta manera se explica que en el derecho civil, el litigio normalmente, por considerarse privado, afecta tan sólo a las partes; en cambio, en el derecho penal la relación jurídico-criminal entre el Estado y el imputado, interesa a toda la

¹⁶ Así se advierte del contenido de la tesis aislada sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, diciembre de 2000, pág. 1391, reg. 190, 753.

sociedad, ésta es la causa de que en el proceso civil, en materia de pruebas, sea en las partes en conflicto, sobre quienes gravite, principalmente, la carga probatoria; en el proceso penal, el órgano jurisdiccional está facultado para ordenar el desahogo de las pruebas, tantas como se requieran, para tratar de obtener el conocimiento de la verdad real; de tal suerte que, en el proceso civil, el Juez, la mayoría de las veces, debe resignarse a conocer los hechos del debate en la forma en que las partes se los presenten y prueben; por el contrario, en el proceso penal se permite la investigación y averiguación como potestad ilimitada otorgada al juzgador para allegarse de los medios de convicción que estime necesarios al juicio, precisamente porque la relación criminal que surge es eminentemente pública; lo que significa que, en este último proceso, se concibe una mayor facultad para el Juez, que la que tiene el Juez civil, no tanto en la tarea de juzgar cuanto en la de probar; es decir, en la etapa del juicio, ambos Jueces tienen la misma atribución para estimar la aplicación del derecho sustantivo a los hechos, no así por lo que hace a la investigación y conocimiento de los hechos, lo cual se refleja respecto de la prueba indiciaria, pues el derecho civil la limita, dado que carece de todo valor probatorio en algunos casos; a guisa de ejemplo, se toma como referencia lo previsto por el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cuyo contenido es del tenor siguiente: “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”; como puede observarse, la filiación del padre en la hipótesis transcrita únicamente se podrá probar mediante los medios de convicción a que alude la norma, sin que se pueda acreditar con la prueba circunstancial o indiciaria; en cambio, en el

proceso penal, en el supuesto del delito de parricidio, en donde la víctima es el padre y el inculpado un hijo fuera de matrimonio de aquél, para tener por comprobado uno de los elementos del tipo penal de dicho ilícito, como lo es el parentesco entre sujeto activo y pasivo, no es indispensable que exista resolución prejudicial civil, e inclusive ante la falta de actas del Registro Civil, la liga de filiación puede establecerse por cualquier medio probatorio procesal, dado el realismo de la legislación penal. [Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo v, junio de 1997, pág. 223, reg. 198,453].

VII. LA EDAD DEL ENJUICIADO

Este aspecto es quizá el más importante a ponderar por parte del juez en el estudio de la culpabilidad del acusado, pues entre más se aproxime su edad a la mínima requerida por la ley para ser sujeto del Derecho penal (imputable) menor será el índice de culpabilidad que represente. Por el contrario, evidentemente debe aumentar ese grado entre mayor sea la edad del acusado, pues las experiencias que aportan a un individuo los años de vida, lo van haciendo más reflexivo y menos impetuoso. Además, los individuos de edad avanzada son menos readaptables que los de menor edad, ya que sus formas y costumbres se encuentran muy arraigadas y, en cambio, los de menor edad, por encontrarse en proceso de aprendizaje, tienen mayores posibilidades de cambiar malas costumbres o hábitos; por lo tanto, a los primeros debe exigírseles mejor comportamiento que a los segundos.

VIII. LA EDUCACIÓN O ILUSTRACIÓN DEL REO

Al igual que la circunstancia anterior, este factor es sumamente significativo para obtener una aproximación más exacta de la culpabilidad del enjuiciado, pues cuando el sujeto de punición, por azares del destino, tuvo posibilidades de prepararse hasta el grado de ser profesionalista, la sociedad le debe reprochar con mayor energía su mal comportamiento, en comparación con aquel quien no tuvo la oportunidad de hacerlo.

IX. LOS USOS Y COSTUMBRES

Esta característica del acusado se estima que sólo debe ser tomada en consideración por el juzgador, para el caso de que el procesado pertenezca a alguna comunidad indígena o fuese extranjero, dado que, en esos supuestos, por sus peculiaridades, el sujeto activo puede desconocer o entender en forma distinta la legislación punitiva aplicable.

X. LAS CONDICIONES SOCIALES Y ECONÓMICAS DEL DELINCUENTE

El primero de estos aspectos debe referirse a la vinculación que el sujeto tiene con la sociedad, ya que entre más relacionado esté con su comunidad, mejor integración tendrá hacia ella, y en consecuencia culturalmente estará mejor informado; por el contrario, quienes más apartados estén de esas comunidades no gozarán de esos beneficios, y por tanto, para los efectos de la individualización de la pena, tendría que exigírseles mayor reprochabilidad a quienes tienen la oportunidad de vivir en sociedad, en contraposición a quienes no la tienen. Las condiciones económicas del enjuiciado, se estima son trascendentes para elevar o disminuir

el grado de culpabilidad en delitos patrimoniales o en cualquier otro cometido con la finalidad de obtener un lucro, pues existen individuos que sin tener necesidades económicas llevan a cabo estas conductas sólo para acrecentar su patrimonio. Distinto resulta el caso de quien roba para comer.

XI. MOTIVOS QUE LO IMPULSARON O DETERMINARON A DELINQUIR

Algunos delitos como el homicidio y las lesiones contempladas como atenuante el que se cometan en estado de emoción violenta (artículo 310); sin embargo, existen un sinnúmero de factores que determinan a un sujeto a cometer otro tipo de injustos penales en los cuales esas agravantes no se encuentran legisladas, debiendo ser necesariamente valorados esos aspectos por el juzgador, ya sea que eleven o disminuyan la culpabilidad del individuo. Tal es el caso de los delitos cometidos por venganza, odio, rencor, envidia, avaricia, ociosidad, desprecio a los valores humanos, y, en contrario, podemos citar aquellos perpetrados debido a las facilidades que proporciona la víctima al delincuente para su comisión; por ejemplo, el hecho de que el ofendido olvide cerrar su casa o su vehículo en el robo, o en el de lesiones u homicidio la provocación que lleva al cabo la víctima a ser agredido.

A propósito de los delitos contra la vida y la integridad corporal, se encuentra legislada una agravante que, en la mayoría de las codificaciones tanto locales como la federal, se incluye erróneamente como “presunción de la premeditación”, la cual, por su ubicación y por no gozar de la misma explicación que las demás calificativas tienen en los artículos del 316 al 319, agentes del Ministerio Público y jueces dejan de

aplicar o la interpretan indebidamente. Lo afirmado se advierte de la siguiente tesis aislada sustentada por la Primera Sala:

BRUTAL FEROCIDAD, CALIFICATIVA DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Si la calificativa de brutal ferocidad, a que se refiere el artículo 303 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, se hizo consistir en que la misma deriva sólo del número de lesiones causadas a la víctima, tal afirmación es errónea, pues jurídicamente hablando, la expresada calificativa de brutal ferocidad consiste en la ausencia de motivación de la conducta lesiva. [Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 75, Segunda Parte, pág. 15, reg. 235,595].

Al respecto se estima que la comisión de la conducta ilícita “sin motivo determinante alguno” evidencia una mayor culpabilidad en el sujeto que causa la muerte o lesiones a uno o varios individuos; de ahí que si no se reflejó esta circunstancia como calificativa en la acusación, o no se encuentra como entidad jurídica legislada, el juez debe poner especial atención a este factor, para establecer una mayor reprochabilidad de la culpa. Al caso resulta conveniente citar la tesis aislada siguiente:

BRUTAL FEROCIDAD, PRESUNCIÓN DE PREMEDITACIÓN EN PRESENCIA DE. ES IURIS TANTUM. La calificativa de premeditación opera cuando se dan los presupuestos del último párrafo del artículo 315 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, que dice: “... Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometen por... brutal ferocidad”, entendida ésta como la ausencia de motivación determinante de la conducta lesiva, que en el homicidio se traduce en la privación de la vida de una persona, sin motivo que lo explique, actuando por un impulso sanguinario demostrativo de un absoluto

desprecio hacia la vida humana. Esta circunstancia, la ley le atribuye el carácter de presunción de premeditación; no obstante, el último párrafo del artículo 315 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al decir que se presumirá la premeditación cuando las lesiones u homicidio se cometan en alguna de las formas que enumera, está consignando presunciones *iuris tantum*, o sea, que admiten prueba en contrario. A tal conclusión se llega si se considera que el artículo 986 del código de 1929, consignaba la frase: “Es premeditado: todo homicidio cometido ...”; en cambio, el artículo 315, párrafo tercero, del código vigente de 1931, la sustituyó por la de “Se presumirá que existe premeditación ...”, cambio este significativo de la intención perseguida por el legislador de transformar una presunción *iuris et de iuris* por una *iuris tantum*, más acorde con la realidad social en que no siempre la objetividad de una conducta lesiva revela el elemento subjetivo de la premeditación, misma que representa en el sujeto activo una mayor temibilidad, correlativa con una mayor desprotección de los integrantes de la sociedad. Es más, en los casos de brutal ferocidad, la ausencia de motivación que lo caracteriza elimina en la mayoría de los casos la concurrencia de la premeditación. Un apoyo más de que se admite prueba en contrario, se encuentra en disposiciones de carácter procesal, que determinan que el valor probatorio pleno de la presunción depende de la consistencia que otros elementos probatorios le proporcionen; ello indica que en nuestra legislación penal no existen presunciones *iuris et de iuris*, que se distinguen por ser en sí mismas suficientemente aptas para acreditar el hecho que de ellas se deduce. [Primera Sala, Séptima época *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Precedentes Relevantes, tomo II, Materia Penal, Primera Parte, p. 259, tesis 549, reg. 905,490].

XII. EL COMPORTAMIENTO POSTERIOR DEL ACUSADO EN RELACIÓN CON EL DELITO COMETIDO

El comportamiento o la conducta observados por el enjuiciado durante el desarrollo del proceso penal, en las entrevistas con el propio juez, en las diligencias con los testigos, peritos, pero sobre todo con las víctimas u ofendido, es relevante para advertir su verdadera personalidad. El hecho de conducirse en forma tranquila y respetuosa evidencia una buena conducta y hasta arrepentimiento de su actuar ilícito, sobre todo, cuando se advierte que ha reparado el daño tanto material como moral causado. Por el contrario, su mal proceder en esos actos judiciales lleva a establecer un cierto grado de culpabilidad, máxime cuando se niega a pagar los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, no puede ni debe considerarse a un procesado como de mal comportamiento durante el juicio cuando niegue la comisión del delito que se le imputa, pues esa negativa constituye para él un medio de defensa a la que tiene derecho. Sobre el tema existe una tesis aislada de la Primera Sala que dice:

AGRAVANTES (LEGISLACIÓN DE VERACRUZ). El acusado no puede resultar perjudicado por el hecho de que niegue la comisión del delito, ya que esa negativa constituye para él un medio de defensa a la que tiene derecho sin ninguna restricción. Tanto es así, que no está obligado a declarar bajo protesta, y este derecho de quedar al margen de decir la verdad está consagrado con el carácter de garantía individual en el artículo 8º de la Constitución Política del Estado de Veracruz, que dispone que a nadie se exigirá promesa o propuesta de decir verdad, cuando declare acerca de los hechos propios en materia criminal. Si esto es así y no puede obligarse a un acusado a decir verdad,

la negativa del delito que sostenga en el proceso no puede perjudicarlo y, por tanto, es indebido considerarla como agravante. [Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo cxv, pág. 1028, reg. 297,265].

En cambio, se considera que cuando el inculpado confiesa sin reticencias su participación en el hecho delictivo imputado, si bien ayuda al esclarecimiento de los hechos, puede reflejar arrepentimiento o cinismo en la perpetración del ilícito penal; por tanto, debe ser ponderada por el juzgador atendiendo a todas y cada una de las circunstancias en que se rinde. Al respecto, la Primera Sala sostuvo el criterio aislado siguiente:

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. CONFESIÓN LISA Y LLANA. Aun cuando la confesión lisa y llana no aparece señalada expresamente por los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, como una circunstancia que deba considerar el sentenciador al individualizar la pena, la aplicación de principios jurídicos que rigen en el proceso penal, permite afirmar la obligación del Juez de tomar en cuenta esa confesión. La actuación de las partes en el proceso está normada por dos principios fundamentales: el deber de conducirse con buena fe y el de auxiliar al tribunal. Ciertamente se ha expresado que es una exigencia moral que las partes se desenvuelvan con sujeción al principio de lealtad y faciliten el conocimiento de los hechos, a efecto de que la sentencia que recaiga sea la expresión de la justicia. Más si en materia civil se discute aun si esta exigencia moral puede convertirse en un deber jurídico, en derecho penal no cabe tal discusión, porque dada la naturaleza y fin que se persigue en el proceso, la verdad de los hechos mas que pertenecer a las partes, corresponde a la sociedad, pues en el proceso penal se busca la verdad real y no la formal como puede acontecer en

el procedimiento civil. Por consiguiente, la conducta procesal de las partes no puede ser indiferente al Juez, sino por lo contrario, éste debe tomarla en cuenta al dictar la sentencia, y, tratándose del inculpado, con mayor razón, porque ello le permite juzgar mejor su personalidad para imponerle una pena justa y adecuada. Por otra parte, es importante si la confesión la ha producido el acusado en un acto de alarde o de cínico menosprecio a la justicia, revelador de mayor peligrosidad social; de ahí la exigencia de examinar la personalidad del acusado al juzgar de los motivos que tuvo para confesar los hechos delictuosos. [Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Parte, tomo CIV, pág. 20, reg. 259,140].

XIII. LAS CONDICIONES ESPECIALES Y PERSONALES EN QUE SE ENCONTRABA EL AGENTE EN EL MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO

Algunas de esas condiciones, de no configurar agravantes, excluyentes del delito o exceso en éstas, pueden ser tomadas en consideración para elevar o disminuir el grado de culpabilidad del reo; verbigracia, cuando el sujeto activo de un delito doloso, para darse valor ingiere bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas o estupefacientes; o en el caso de los delitos culposos, cuando se comete la conducta reprochable en estado de ebriedad o bajo el influjo de las sustancias antes señaladas, siempre y cuando esta ingesta haya sido voluntaria.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

La legislación punitiva mexicana no prevé un sistema de “pena exacta” ni tampoco un sistema de “penas indeterminadas”, sino el sistema de marcos penales (penas determinadas, mas no exactas). Conforme a este sistema, el legislador establece los límites, máximo y mínimo, dentro de los cuales el juzgador determina discrecionalmente la pena.

Una vez comprobado el delito o delitos cometidos y la plena responsabilidad del acusado en su comisión, el juzgador debe fijar las penas o medidas de seguridad con base en el marco penal establecido para el delito de que se trata. Por tal razón, el primer paso en la determinación de la pena consiste en delimitar el marco penal concreto aplicable al delito o delitos que se encuentran acreditados. Para ello, se requiere atender a las circunstancias legisladas que permiten configurar el marco penal concreto aplicable diferente al marco penal general previsto para el delito básico. Tales circunstancias pueden ser la concurrencia de cualificaciones o de subtipos privilegiados, la existencia de tentativa punible o delito frustrado, el grado de participación del sujeto activo, la actualización de una excluyente incompleta del delito, las reglas de los concursos de delitos, y la reincidencia o habitualidad.

Cabe advertir que, para el caso de contemplarse por el legislador al configurar el marco penal las circunstancias antes aludidas, el juzgador ya no puede posteriormente tomarlas en cuenta, para determinar el

grado de culpabilidad y fijar la pena dentro del marco penal concreto.

Después de delimitarse el marco penal aplicable, el juzgador debe determinar fundada y motivadamente el grado de culpabilidad del acusado. Para tal efecto, el ordenamiento penal federal ha adoptado un sistema mixto integrado por elementos del *sistema de culpabilidad del acto*, como núcleo del esquema, y del *de culpabilidad de autor*, que permite dar cauce a una política criminal adecuada. Por tal razón, conforme a los artículos 51, 52 y 65 del CPF, para fijar la pena no sólo se deben tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución del delito, sino también las peculiares del delincuente y sus antecedentes penales.

Ahora bien, a fin de determinar el grado de culpabilidad del acusado con base en los elementos antes mencionados, el juez debe valorar todos y cada uno de los datos del sumario y reflejar esa valoración en la sentencia, sin que sea suficiente la enumeración de esas circunstancias de manera general y abstracta con una simple remisión a los preceptos legales. Además, en virtud del principio *in dubio pro reo*, la valoración debe partir de un grado de culpabilidad mínimo y éste irá aumentando conforme se acrediten circunstancias que revelen un grado mayor de reprochabilidad de la culpa del sujeto activo.

Con el objeto de facilitar la motivación de la individualización de la pena, deben establecerse grados o puntos precisos y concretos en un cuadro que contenga los diversos factores a evaluar, a partir de los cuales se permita al juzgador, con base en los datos conseguidos, la obtención más objetiva de un índice de reprochabilidad de la culpa. Con ello, se impide que, por la ausencia

de esa concreción, se propicie incertidumbre y vacilación en la determinación de la pena que corresponda imponer, al usarse diversas expresiones abstractas y ambiguas, como por ejemplo “superior a la mínima”, sin acudir a otra expresión, para saber hasta dónde es “superior” a ese grado. Esos puntos precisos y concretos podrían ser:

Primer grado	Mínimo
Segundo grado	Levemente superior al mínimo
Tercer grado	Equidistante entre el mínimo y el medio
Cuarto grado	Cercano al medio
Quinto grado	Medio
Sexto grado	Levemente superior al medio
Séptimo grado	Equidistante entre el medio y el máximo
Octavo grado	Cercano al máximo
Noveno grado	Máximo

Cabe mencionar la existencia del criterio jurisprudencial sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito que en lo conducente apoya lo antes propuesto, cuyo texto es como sigue:

PENA. SU INDIVIDUALIZACIÓN IMPLICA DETERMINAR EN FORMA INTELIGIBLE EL GRADO DE PELIGROSIDAD DEL SENTENCIADO. COMO a la autoridad judicial responsable el Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, en su artículo 59, le impone la obligación de apreciar conforme a su prudente arbitrio,

la peligrosidad del sentenciado, ello lógicamente implica que debe determinar en forma *inteligible* el grado en que la ubica, teniendo en cuenta al respecto que entre la mínima y la máxima, puede expresarse en diversas formas esa graduación, por ejemplo: mínima; levemente superior a la mínima; equidistante entre la mínima y la media; media; ligeramente superior a ésta; equidistante entre la media y la máxima; máxima, o inferior o superior al referido punto equidistante. De manera que es imperativo que en la sentencia el ad quem determine en forma clara el grado de peligrosidad del inculpado, lo cual no se cumple cuando al respecto la cataloga simplemente como “superior a la mínima”, pues tal locución resulta ambigua y abstracta al no determinar el nivel exacto que indique qué tan próximo o lejano de ese límite mínimo se halla ubicada la misma. Por tanto, viola la garantía individual de legalidad, en perjuicio del quejoso, la indeterminación del grado de peligrosidad aludida, pues se traduce en una deficiente individualización de la *pena*, que impide dilucidar el aspecto de la congruencia que legalmente debe existir entre el cuántum de la *pena* impuesta y el índice de la peligrosidad del delincuente. [Novena Época, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Jurisprudencia, tomo II, Materia Penal, pág. 524, tesis 640, reg. 904, 621].

Se podría establecer que un sujeto por su corta edad (de 18 a 25 años) tendría una mínima culpabilidad (primer grado); levemente superior a ésta (segundo grado), quien ya rebasó esa edad, pero no los 40; una peligrosidad equidistante entre la mínima y la media (tercer grado), quien cumplió los 40 pero no los 60; y cercana a la media (cuarto grado) quien tiene más de esa edad cronológica.

Por cuanto hace al grado de estudios, se considera que quien al cometer el delito tenga estudios terminados

de primaria debe ser considerado en el primer grado (referido en el inciso anterior); quien realizó estudios secundarios en el segundo grado; el que hubiese terminado la preparatoria o una carrera técnica, en el tercer grado; el profesionista en cualquier carrera, excepto la de abogado, aun cuando no la hubiese concluido pero que la ejerza, en el cuarto grado, y en quinto grado los abogados, titulados o no, que ejerzan esa profesión.

BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho penal*, 3ª ed., México, Porrúa, 2003.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Programa de Derecho penal*, 3ª ed., México, Trillas, 1990.
- ROMERO SOTO, Luis E., *Derecho penal: Parte General*, Bogotá, Temis, 1969, tomo II.

APÉNDICE

Cuadro I	
<i>Obtención del marco penal concreto</i>	
Obtención del marco penal concreto (circunstancias legisladas)	I. Concurrencia de cualificaciones o de subtipos privilegiados: calificativas, y modificativas y atenuantes II. Delito inacabado o tentado, o delito frustrado III. Grado de participación del delincuente IV. Excluyente incompleta del delito V. Concurso de delitos (real e ideal) y delito continuado VI. Reincidencia o habitualidad

Cuadro II

Índice de reprochabilidad

Obtención del índice de
 reprochabilidad de la culpa
 del enjuiciado
 (circunstancias no legisladas)

- I. Antecedentes penales (jurisprudencia 1a/J. 76/2001)
- II. Magnitud del daño causado al bien jurídico protegido o del peligro a que hubiese sido expuesto
- III. Naturaleza de la acción u omisión
- IV. Medios empleados para ejecutar el delito
- V. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado
- VI. Calidad del agente y la de la víctima u ofendido
- VII. Edad del enjuiciado
- VIII. Educación o ilustración del reo
- IX. Usos y costumbres
- X. Condiciones sociales y económicas del delincuente
- XI. Motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir
- XII. Comportamiento posterior del acusado en relación con el delito cometido
- XIII. Condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito.

*Individualización judicial de las penas
y medidas de seguridad*

se terminó de imprimir en Formas
e Imágenes S. A. de C. V. en el mes de octubre de 2008.

En su composición se utilizaron tipos
Georgia de 9,10 y 11 puntos.

La edición consta de 1 000 ejemplares.

Formación de interiores:
Imelda Inclán Martínez.