

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 autoris, 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 concurren 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 pluri-subsistente’. 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.