

REPOSITORIO ACADÉMICO DIGITAL INSTITUCIONAL

Robo, inconstitucionalidad en sus circunstancias modificadoras

Autor: Guillermo Antonio Macías García

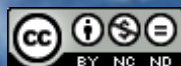
**Tesis presentada para obtener el título de:
Lic. En Derecho**

**Nombre del asesor:
Jorge Ángel Guillen**

Este documento está disponible para su consulta en el Repositorio Académico Digital Institucional de la Universidad Vasco de Quiroga, cuyo objetivo es integrar, organizar, almacenar, preservar y difundir en formato digital la producción intelectual resultante de la actividad académica, científica e investigadora de los diferentes campus de la universidad, para beneficio de la comunidad universitaria.

Esta iniciativa está a cargo del Centro de Información y Documentación "Dr. Silvio Zavala" que lleva adelante las tareas de gestión y coordinación para la concreción de los objetivos planteados.

Esta Tesis se publica bajo licencia Creative Commons de tipo "Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada", se permite su consulta siempre y cuando se mantenga el reconocimiento de sus autores, no se haga uso comercial de las obras derivadas.





FACULTAD DE DERECHO

“Robo, inconstitucionalidad en sus
circunstancias modificadoras”

TESIS

Para obtener el título de:

“Licenciado en derecho”

PRESETENTA:

Guillermo Antonio Macías García

Asesor:

Lic. Jorge Ángel Guillen

Morelia, Michoacán, agosto del 2012 dos mil doce

RVOE No. De acuerdo LIC100410

CLAVE 16PSU0044K

Índice

“Robo, inconstitucionalidad en sus circunstancias modificadoras.”

Introducción.....	1
Capítulo primero	
Breve reseña histórica	5
Capítulo segundo	
La norma penal	
2.1 La norma	10
2.2 La norma jurídica.....	10
2.3 La norma jurídica penal.	11
2. 4 Estructura de la norma jurídica penal	13
2.5 Estructura de la norma jurídica penal de Robo en el estado de Michoacán.	14
Capítulo tercero	
Principios de derecho penal	
3.1 Principio	27
3.2 Principios generales del derecho	28
3.3 Los principios penales.....	28
3.4 Constitución	29
3.5 Nuestros derechos	30
3.6 Garantías.....	42
3.7 Modelo Garantista	44
3.8 Las relaciones entre principios y normas.....	49
◆El Principio de supremacía constitucional.....	50
◆El principio de legalidad y pro libertate.....	52
◆El principio de intervención mínima	55
◆Principio de proporcionalidad.....	56
◆El principio de la insignificancia	59

◆El principio de ofensividad.....	59
◆El principio de bagatela (Bagatellprinzip).....	60
◆El principio de humanidad y respeto a la dignidad humana	61
3.9 Protección de valores	61

Capítulo cuarto

Cultura, sociedad y economía

4.1 Sociología del Derecho.....	67
4.2 Abuso del derecho penal.....	71
4.3 La búsqueda de las causas o factores del delito.	72
◆El crimen como fenómeno social.....	75
◆Causas individuales	79
◆Causas y factores delictivos, causas sociales	79
◆Las clases sociales	80
◆La estratificación social.....	81
◆La cultura social	81
◆El factor económico en la sociedad.....	81
◆Lo rural y lo urbano. Comunidades: Características geográficas	82
◆La drogadicción como factor delictivo	82
◆Toxicidad alcohólica y el alcoholismo.....	83
4.4 Criterios ministeriales y Judiciales.....	85

Capítulo quinto.

Razonamientos jurídicos por los que se pide se reformen las calificativas de robo previstas en el artículo 303 del Código Penal del Estado

5.1 Un código adjetivo acusatorio, con un código adjetivo inquisitivo.....	92
Conclusiones	113
Propuesta.....	115
Fuentes de información.....	118

Introducción

Las reformas del artículo 76 bis, la fracción IV, IX, X y el segundo párrafo del artículo 303, adiciona fracción XI y un tercer párrafo al artículo 303 del código penal del estado de Michoacán; y reforma el párrafo segundo de la fracción III del artículo 493 del código de procedimientos penales del estado de Michoacán, en relación de las calificativas de robo, aparecida en el periódico oficial del gobierno constitucional del estado de Michoacán de Ocampo, el 1° primero de marzo del año 2011 dos mil once, presentada por la diputada María Macarena Chávez Flores, del grupo parlamentario del partido acción nacional, fueron una propuesta para enfrentar la inseguridad pública, sin embargo el presente trabajo desenmascara la facilidad con la que los legisladores abusan del derecho penal, emprenden reformas absurdas que con bases ficticias que pretenden solucionar la inseguridad pública, utilizando la norma penal para beneficiar políticas económicas de poderes de facto por medio de procesos legislativos, legitimizando lo ilegal, violando la constitución, los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional, agravando un problema que impacta en una de las poblaciones más importantes para la seguridad pública, la población carcelaria, un grupo vulnerable que es sometido ante el avasallador sistema penal, corrupto, incapacitado y con falta de voluntad, incapaz de generar una verdadera respuesta vivaz y flexible para solucionar éste fenómeno social, el robo cometido contra grandes establecimientos comerciales. Leyes que reflejan un estado opresor para los desamparados, personas que se convierten en un número, una cifra más, el sistema es devastador con ellos, los empobrece y priva de su libertad, los degrada, los convierte en un expediente, que no es más que cúmulo de hojas arrumbadas, mientras la persona se desgasta.

Sin importar las reformas constitucionales en relación con la introducción al sistema acusatorio y el cambio de mentalidad que se requiere para afrontar los cambios en seguridad pública, administración de justicia y sistema

penitenciario, así como en materia de derechos fundamentales y tratados internacionales, la diversidad de criterios en nuestros gobernantes, además se cuenta con una constitución con miras y tendencias garantistas, pero leyes locales son reductivistas de los derechos fundamentales que contravienen la constitución con ideas absolutistas e inquisitorias, faltas de razón y motivación, que por medio del último recurso del estado para gobernar, el derecho punitivo, que tipifica y agrava conductas que no deberían de estar en nuestros códigos penales, códigos sustantivos obsoletos que en nada beneficiaran las reformas en materia del sistema penal y derechos humanos.

El presente trabajo de investigación, titulado “Robo, inconstitucionalidad de sus circunstancias modificadoras”, ha sido elaborado a nivel de tesis, para obtener el título de licenciado en derecho, de la carrera de Derecho de la Universidad Vasco de Quiroga, y por lo mismo, recoge como contenido un conocimiento particular de los conceptos de conducta, norma y principios, de su clasificación, evolución y contraposición, además el contenido y estructura que adoptan las leyes, la constitución, los tratados internacionales y la relación entre ellos. Se vislumbra una incongruencia entre la realidad social, las leyes y la constitución, el legislador oferta una mentira, el sistema actual de justicia, inquisitivo- mixto que opera de firma mecánica administrativa, que lo único que necesitan es saberse, más o menos, los formatos procedimentales para poder interpretar el derecho desentrañándolo gramatical y sistemáticamente, sin aplicar una verdadera dogmática-jurídico penal, “disciplina que se encarga de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal”¹.

Que las cárceles y prisiones estén llenas de pobres, no significa que sea la pobreza la causa del delito, sino que aquellos que no pueden defenderse por

¹ Días Aranda-Aranda Enrique, Derecho Penal Parte General, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p.34 .

carecer de recursos socio-económicos, no les queda más que enfrentar un tortuoso procedimiento.

La realidad es que el delito con mayor índice delictivo en el estado de Michoacán, es el de Robo, atendiendo a los informes presentados por el Poder Judicial del Estado, desprendiéndose que los cometidos en establecimiento comercial, el cual era materia de Juzgados Menores, uno de los delitos mas consignados era el de robo cometido en agravio de un establecimiento comercial, sin que fuere considerado como grave.

De modo que este trabajo de investigación lo que pretende es demostrar que las reformas legislativas referentes al delito de robo, publicadas en el periódico oficial del gobierno constitucional del estado de Michoacán de Ocampo, el primero de marzo del 2011 dos mil once, mediante Decreto Legislativo No. 312, *contraviene principios constitucionales y generales de derecho, pues el Derecho Penal debe recurrir a la pena privativa de la libertad sólo cuando se trata de evitar o sancionar comportamientos muy graves que atacan a bienes jurídicos fundamentales, y sólo en la medida en que no sean suficientes otros instrumentos protectores menos lesivos y limitadores para los derechos humanos que los puramente inquisitivos.*

Para poder comprender la inconstitucional de un tipo penal, primero se debe entender lo que significa una norma jurídica, es decir la tipificación de una conducta y su sanción, para después abordar el significado de los principios penales y realizar una contraposición valorativa para diferenciar una norma penal apegada a los principios penales.

Después de estudiar ambos conceptos se entenderá a un estudio sociológico que vincula la realidad con la norma jurídica penal michoacana, en relación de las calificativas de robo, aparecida en el periódico oficial del

gobierno constitucional del estado de Michoacán de Ocampo, el 1° primero de marzo del año 2011 dos mil once, y preceptos constitucionales, en específico el artículo 22 de la constitución mexicana.

Los legisladores responden a intereses particulares, baleándose de las relaciones de poder, los empresarios por medio de su estatus de poder de facto, reprime las conductas cometidas en su contra, con la mayor arma del estado “el derecho penal”, sin buscar un equilibrio entre sus políticas empresariales que ayuden a solucionar el problema.

Capítulo Primero

Breve reseña histórica

El delito de robo se remota hasta los tiempos en que surgió la propiedad privada, a partir de que el hombre comprendió lo que significa el dominio sobre los bienes, por lo que el robo es tan arcaico como la humanidad misma.

Por lo que nos centraremos a una historia nacional, puesto que en la época precortesiana, el derecho penal fue ejemplar pues en algunos casos era demasiado severo en sus sanciones.

El mundo Azteca, ya reconocía la restitución del ofendido, centrándose en delitos militares demasiado estrictos y para el caso concreto el robo de cosas leves era sancionado a satisfacción del agraviado, consistente en lapidación o restitución de la cosa, pero si el valor excedía a una cuantía considerable, era sujeto a un suplicio corporal consistente en una paseo denigratorio del ladrón para finalmente ser sacrificado a los dioses.

Los Mayas desarrollaron un sistema mas estricto, puesto que el robo de cosa que no podría ser devuelta era castigado con la esclavitud y en algunos casos la muerte.

Los Zapotecas ya diferencian diversos tipos de gravedad y los Purepechas preferían al igual que los Aztecas, la ejecución publica.

En la colonia se aplicaron las leyes de indias, el delito de robo y asalto, merecía la muerte en la horca, y desmembramiento. Mientras que a los cómplices del mismo delito, se les azotaba y cortaba las orejas.

Dentro de la época independiente, a pesar de que la preocupación primordial por cuanto a regulación se refirió, durante los primeros años de nuestra nación, fueran cuestiones constitucionales y administrativas, no se pudo abstraer de reglamentar lo relativo a armas de fuego, bebidas alcoholizadas, vagos y mendigos y la organización policial (bandos de IV-7 -1824, IX-3-1825, III-3-1828, VIII-8-1834, entre otros). Se facultó al ejecutivo para indultar, conmutar, dispensar total o parcialmente las penas y para decretar el destierro (1824). Se reguló la sustanciación de causas, se determinaron competencias y se encomendó al ejecutivo la ejecución de sentencias (V-11-1831, I-5-1833); las cárceles (1814, 1820 y 1826), haciendo un ensayo de colonización penal (1833).²

Sin embargo fue escasa la legislación penal, y al establecer el federalismo como forma de Estado, cada Estado federado tuvo la facultad de legislar penalmente en sus regímenes interiores, y fue Veracruz **en 1835 el que publicó el primer Código Penal Mexicano**, tomando como modelo el español de 1822.

Al recuperar la capital de la República, luego del fugaz imperio de Maximiliano en que Lares proyectara un Código Penal que no alcanzó la vigencia; Juárez encomendó la Secretaría de Instrucción Pública al licenciado **Antonio Martínez de Castro**, quien formó y presidió una comisión redactora para el primer código penal de la República, integrándola junto a los licenciados José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona. Proyecto enviado a la Cámara de Diputados, aprobado y promulgado el 7-XII-1871 y vigente desde el 1-IV-1872 hasta 1929. Con 1151 muy bien redactados artículos, inspirado en el código penal español de 1870, que a su vez tenían por ejemplo los de 1850 y 1848, doctrinalmente se guió por Ortolán en su parte general (libros I y II) y por Chauveau y Hélie en la especial (libro III, que

² Serrano Migallón Fernando, Revista del Instituto de investigaciones jurídicas, historia de la norma penal, Universidad Autónoma de México, Programa de Apoyo a Proyectos Institucionales para el Mejoramiento de la Enseñanza (PAPIME), p.12 en adelante.

comprendía dentro de su título primero “ delitos contra la propiedad”, capítulo I, Robo, que defina al robo en su artículo 368.- “Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella.”, responde al clasicismo penal con claros caracteres correccionalistas. Como novedades introduce el “delito intentado” (si el delito no se consuma llegando al último acto de ejecución, por tratarse de un delito irrealizable por imposible o por evidente inadecuación de los medios, art. 25) que ubica entre el conato y el delito frustrado; y la “libertad preparatoria”, que luego habría de recoger Stoos en su proyecto suizo (1892). Conjugó la justicia absoluta con la utilidad social; la base de la responsabilidad penal era la moral fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad; cataloga atenuantes y agravantes con valor progresivo matemático; reconoce de manera limitada el arbitrio judicial; la pena tiene caracteres aflictivos y retributivos, se acepta la pena de muerte, igualmente algunas medidas preventivas y correccionales. Este código intentó ser integralmente reformado, respetando sus principios y sistema, sólo para introducir nuevas y benignas instituciones que exigía el estado social del país en 1912, con un proyecto creado por comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, proyecto que no vio la luz por la convulsa situación que provocaba la Revolución.³

Dentro del Código penal de 1929, se diferencio el robo entre cónyuges y del comentado entre ascendentes y descendientes, además de distinguir la violencia física de la moral.

El código penal de 1931, hasta hoy vigente Código Penal, bajo la presidencia de comisión del licenciado Alfonso Teja Zabre. Promulgado por decreto del Presidente Ortiz Rubio, constaba, antes de las profusas reformas que ha sufrido, de 404 artículos de tendencia ecléctica y pragmática. Considera

³ Revista del Instituto de investigaciones jurídicas, historia de la norma penal, Universidad Autónoma de México, Programa de Apoyo a Proyectos Institucionales para el Mejoramiento de la Enseñanza (PAPIME), Fernando Serrano Migallón, p.12 en adelante.

que el delito tiene causas múltiples, como resultado de fuerzas antisociales; a la pena como un mal necesario que se justifica por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada y, fundamentalmente para conservar el orden social. Mantiene abolida la pena de muerte e introduce como novedades la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio del establecimiento de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones, además fija reglas adecuadas para el uso de dicho arbitrio, reglas que apuntan en la justicia penal una orientación antroposocial. Perfecciona a su vez la condena condicional, la tentativa, el encubrimiento, la participación delictiva, algunas excluyentes y se dió carácter de pena pública a la multa y la reparación del daño. Es un código realista, pues su contenido se basa en la realidad que recoge, organiza y equilibra.

Finalmente el mes de Julio de 2003 dos mil tres, la Suprema Corte de la Nación, emitió la siguiente Jurisprudencia:

“ROBO COMETIDO EN TIENDA DE AUTOSERVICIO. PARA TENERLO POR CONSUMADO BASTA CON LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DE APODERAMIENTO. El delito de robo es considerado por la jurisprudencia y la doctrina como de consumación instantánea, pues se configura en el momento en que el sujeto lleva a cabo la acción de apoderamiento, con independencia de que obtenga o no el dominio final de la cosa, de conformidad con el artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal que establece que, para la aplicación de la sanción, se tendrá por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando después la abandone o lo desapoderen de ella; estimar lo contrario, es decir, subordinar la consumación del robo a que el agente tenga ocasión de usar, gozar o vender la cosa, es condicionar el perfeccionamiento del delito, o pretender hacerlo, a una posibilidad futura innecesaria para su integración. En consecuencia, es suficiente para tener por consumado el delito de robo cometido en tienda de autoservicio, la justificación

de la conducta típica de apoderamiento al traspasar el área de cajas del establecimiento relativo, pues el hecho de que el imputado no salga del almacén comercial de donde tomó los objetos motivo del apoderamiento, o de que sea desapoderado de ellos por personal de la empresa en la puerta de salida, no es obstáculo para la justificación del ilícito; lo que, en su caso, puede repercutir en el juicio del juzgador, sólo respecto de la obligación de reparar el daño proveniente del delito, mas de modo alguno es apta para justificar una declaratoria de existencia de un delito tentado.”⁴

⁴ Jurisprudencia emitida en la Novena Época Registro: 183703 Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Julio de 2003, Materia(s): Penal, Tesis: 1a./J. 23/2003, Página: 164, Contradicción de tesis 97/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Octavo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 7 de mayo de 2003. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jaime Salomón Hariz Piña. Tesis de jurisprudencia 23/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de siete de mayo de dos mil tres.

Capítulo Segundo

La norma penal.

2.1. La norma

Para poder comprender la inconstitucional de un tipo penal, primero se debe entender lo que significa una norma jurídica, es decir la tipificación de una conducta y su sanción, para después abordar el significado de los principios penales y realizar una contraposición valorativa para diferenciar una norma penal apegada a los principios penales, así como derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales y una ley que no se apega a estos últimos.

Las normas constituyen conjuntos ordenados y llevan a cabo diversas funciones, que pueden claramente especificarse, que poseen una estructura interna, que puede ponerse de manifiesto.⁵

John Austin, define a la norma diciendo que es un mandato y éste es concebido como la expresión del deseo o voluntad de un individuo de que otro individuo haga o deje de hacer algo, expresión que va acompañada de la amenaza de un daño o mal para el caso de que no se satisfaga el deseo o voluntad expresado.⁶

2.2. La norma jurídica

La expresión "norma jurídica" se refiere a todo el conjunto de materiales que constituyen "el objeto de estudio de la ciencia jurídica que está constituido por normas; que las normas constituyen conjuntos ordenados y llevan a cabo

⁵ Diccionario jurídico mexicano, tomo L-O, instituto de investigaciones jurídicas, serie E. Vrios. Núm. 28, Universidad Nacional Autónoma de México, p.252.

⁶ Diccionario jurídico mexicano, tomo L-O, instituto de investigaciones jurídicas, serie E. Vrios. Núm. 28, Universidad Nacional Autónoma de México, p.252. p. 89

diversas funciones, que pueden claramente especificarse; que los órdenes normativos poseen una estructura interna, que puede ponerse de manifiesto".⁷

Un sistema jurídico no es otra cosa sino la forma en que se organizan diferentes normas jurídicas. Dado que hablar de derecho objetivo es prácticamente lo mismo que hablar de sistema de normas jurídicas, qué quiere decir que el derecho es un sistema de normas.⁸

2.3. La norma jurídica penal

Finalmente se entiende como "norma" a toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad.⁹

La ley penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella que, en todo caso. Adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor la ley penal.

Retomando la misión de la norma según **Larenz**, la persona no puede vivir aislada en sí misma, para alcanzar los fines y necesidades individuales se requiere la comunicación e interacción con otras personas.

Sigmund Freud, propone que la existencia del Ego supone necesariamente la existencia de Alter, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la

⁷ Diccionario jurídico mexicano, tomo L-O, instituto de investigaciones jurídicas, serie E. Vrios. Núm. 28, Universidad Nacional Autónoma de México, p.256.

⁸ Cáceres Nieto Enrique, *Lenguaje y derecho. las normas jurídicas como sistema de enunciados*, cámara de diputados, LVIII Legislatura Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.p. 6

⁹ **Larenz**, «**Metodología de la Ciencia del Derecho**», traducción del Gimbermat, **Barcelona, 1966**, p. 161 .

comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia.¹⁰

Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad.

Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo se puede esperar de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un *sistema de expectativas* que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces *se frustran*, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse, para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la *sanción*, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración.¹¹

En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la **norma jurídica** que, a través de la sanción jurídica, se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social.¹²

Una parte de esas normas jurídicas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas

¹⁰ Muñoz, Conde Francisco, *Introducción al derecho penal*, segunda edición: Editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina, 2001, p.40.

¹¹ Moya Carlos, *Teoría sociológica*, Madrid, 1971, p. 97 y siguientes.

¹² Muñoz, Conde Francisco, *Introducción al derecho penal*, segunda edición: Editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina, 2001p. 2.

con el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: **LA PENA**.

La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera también que, sí se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista.¹³ La realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa, y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración. Estructuralmente, la norma penal no difiere, por tanto, en nada de cualquier otro tipo de norma, social o jurídica; su contenido, en cambio, si es distinto del de las demás normas, porque la frustración de la expectativa debe ser en la norma penal un delito y la reacción frente a ella una pena y, en determinados casos, lo que se llama una medida de seguridad o de rehabilitación o una reparación del daño civil causado, que se aplican alternativa o juntamente con la pena.

Funcionalmente, también la norma jurídica penal tiene algunas características que la distinguen de los demás tipos de normas, porque en ella la protección de la convivencia se lleva a cabo a través de un complejo proceso de intimidación y represión de los individuos que no es característico de las demás normas.

2.4. Estructura de la norma jurídica penal

“Como toda norma jurídica la norma penal consta de un *supuesto de hecho* y de una *consecuencia jurídica*.”¹⁴

La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en que, en la norma penal, el supuesto de hecho lo constituye un *delito* y la consecuencia jurídica es una *pena* o una *medida de seguridad*.

¹³ Callies, **Rolf-Peter**, Sobre la norma penal como sistema de expectativas, «Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», Editorial Buenos Aires, Frankfurt del Main, **1974**, p. 15 y siguientes.

¹⁴ *Larenzm, metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Gimbernat, Barcelona, 1966 p. 164.,

2.5. Estructura de la norma jurídica penal de Robo en el estado de Michoacán.

Este delito se encuentra contemplado en el código penal del estado de Michoacán de Ocampo en su título décimooctavo *“delitos contra el patrimonio” dentro del capítulo I Robo.*

El citado ordenamiento comprende el robo simple y sus calificativas, además de las conductas equiparables.

La norma jurídica también puede ser circunstanciados en forma agravada o atenuada, son aquéllos que requieren para su existencia el tipo fundamental o básico, al cual se le añade una circunstancia que no obstante no íntegra un delito autónomo.

La estructura de la norma penal es siempre la misma: supuesto de hecho (tipo penal) y consecuencia jurídica (sanciones, medidas de seguridad, etc.); pero existen diversos procedimientos legislativos para configurar esta sencilla estructura, como lo fue el decreto **Legislativo No. 312.**

Es la conducta que al ser realizada por un sujeto normativo hace que deba ser sancionado de conformidad con lo establecido por una norma jurídica. También se le conoce como conducta prohibida.¹⁵

La norma **jurídica** que, a través de la sanción jurídica, se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social.

¹⁵ Cáceres Nieto Enrique, *Lenguaje y derecho. las normas jurídicas como sistema de enunciados*, cámara de diputados, LVIII Legislatura Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 64

El artículo 299 del código penal del estado de la entidad prevé “Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella.”

De la descripción mencionada, se desprenden los siguientes elementos:

- a).- Que una persona se apodere de una cosa;
- b).- Que se trate de una cosa mueble;
- c). Que sea ajeno;
- d).- Que el apoderamiento se dé sin el consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella.

El apoderamiento consiste en la extracción o remoción de una cosa de la esfera del poder, vigilancia o custodia en que se hallaba para transferirla a la del autor del delito. Bien mueble es el que ocupa un lugar en el espacio y puede transportarse de un lugar a otro, sin perder su esencia. Ajeno, alude a que el bien mueble debe pertenecer al patrimonio de una persona extraña al agente activo del ilícito. Sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ese bien, se refiere a que el pasivo no exprese su anuencia para la extracción o remoción de dicho objeto.

Debiéndose indicar que el núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento y que para los efectos de su actualización es suficiente con que el objeto se aprenda materialmente quedando en poder del agente, quebrantando la posesión del pasivo, mediante disposición jurídica que hace el activo con el fin de apropiársela, pues en ese instante la cosa robada queda en su poder, resultando irrelevante que con posterioridad el sujeto activo abandone

la cosa o bien lo desapoderen de la misma, tal y como lo preceptúa el artículo 301 del código penal del Estado en vigor.

Cuya regla específica de comprobación contenida en el ordinal 114 del código de procedimientos penales vigente en el Estado, que reza:

Los elementos constitutivos de los delitos de robo y de abigeato se justificarán por los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos constitutivos del tipo penal;

II.- Por la confesión del inculpado, aun cuando se ignore quien haya sido el dueño de las cosas materia del delito;

III.- Por la prueba de que el inculpado ha tenido o tiene en su poder una cosa que, por sus circunstancias personales, no sea verosímil que haya podido adquirir legítimamente, si no justifica la procedencia de aquélla y si hay, además, persona que lo señale como presunto autor del delito;

IV.- Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito; y,

V.- Que se haya comprobado que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer el objeto materia del delito, que disfruta de buena opinión y que ha hecho gestión judicial o extrajudicial para recuperarla. Estas hipótesis legales serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores a falta de las anteriores.

No pasa desapercibido que existe disparidad entre el precepto legal transcrito y las exigencias legales del artículo 16 Constitucional, pues mientras que este último refiere como elemento indispensable la comprobación del

cuerpo del delito, nuestra legislación instrumental de la materia alude a la comprobación de los elementos de un tipo que tenga señalada pena corporal. Palabras que desde luego tienen una diversa connotación en el campo jurídico penal, ya que el cuerpo del delito comprende todos aquellos extremos (elementos objetivos, subjetivos, normativos y especiales) que el juzgador debe comprobar plenamente como condición de la procedencia del auto de formal prisión o de sujeción a proceso. De ahí que atendiendo al principio de Supremacía Constitucional consignado en el artículo 133 de la Ley Fundamental del país; es esta resolución se hablará de cuerpo del delito y no de elementos del tipo penal.

Ahora bien el artículo 303 del código penal del estado dispone primordialmente que se considera calificado el delito de robo cuando:

XI. Se cometa en un lugar cerrado teniendo o no acceso al público, en edificio o establecimiento comercial o de servicios;

Entendiéndose que **establecimiento comercial** es el espacio físico donde se ofrecen bienes económicos (servicios o mercancías) para su venta al público. También se conoce como **local comercial**, **punto de venta**, tienda o comercio (teniendo estos últimos términos otros significados).¹⁶

Los establecimientos comerciales se limitan a ejercer un papel intermediario entre el fabricante y el consumidor, al ser habitualmente el consumidor final el que acude a los establecimientos comerciales, y ser estos abastecidos por mayoristas, su papel intermediador es el denominado de comercio minorista. Lo mismo ocurre en el caso de los locales comerciales destinados a la **prestación de servicios** (establecimientos de hostelería, peluquerías, etc.)

¹⁶ *Diccionario de la lengua española* (vigésima segunda edición), Real Academia, 2010

Bajo la denominación de calificación del delito se entienden aquellas situaciones que, previstas en la ley penal y conocidas por la doctrina bajo la denominación de "circunstancias calificativas" o "circunstancias agravantes", suponen un incremento de la punibilidad prevista por el legislador, generando, por lo mismo, nuevos tipos delictivos que resultan ser más agravados que los estimados básicos.¹⁷

En general, la doctrina al referirse a la calificación de los delitos, plantea la división entre los tipos básicos; los tipos especiales, que a su vez pueden ser privilegiados o agravados; y los tipos complementados, que también pueden ser privilegiados agravados.

En síntesis, independientemente de los matices derivados de las posiciones doctrinales sustentadas sobre el particular, fundamentalmente, la calificación del delito es entendida, como una forma de clasificación de los tipos delictivos. Independientemente de este orden de ideas, otra orientación la contempla básicamente como una clasificación de la punibilidad.¹⁸

Enseguida se presenta el cuadro comparativo de **la norma jurídica penal contemplada en el Decreto Legislativo No. 312, por el cual se reformó el artículo 76 bis, fracciones IV, IX, X y el segundo párrafo del artículo 303, adiciona fracción XI y un tercer párrafo al artículo 303 del código penal del estado de Michoacán; y reforma el párrafo segundo de la fracción III del artículo 493 del código de procedimientos penales del estado de Michoacán.**

¹⁷ Diccionario jurídico mexicano, tomo C-CH, instituto de investigaciones jurídicas, serie E. Vrios. Núm. 28, Universidad Nacional Autónoma de México, p.23

¹⁸ Pavon Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*; 4a. cd., México, Porrúa, 1978.

Antes	Después
<p>La norma jurídica penal contemplada en los numerales 76 bis, 229, 300 fracción I y 303 fracción IV, IX, X del código penal del estado de Michoacán, así como el numeral 493 fracción III del código de procedimientos penales del estado de Michoacán, antes de las reformas publicadas en el periódico oficial de la federación el 1º primero de Marzo del 2011 once</p>	<p>La norma jurídica penal contemplada en el Decreto Legislativo No. 312, el dictamen con proyecto de decreto por el cual se reformó el artículo 76 bis, la fracción IV, IX, X y el segundo párrafo del artículo 303, adiciona fracción XI y un tercer párrafo al artículo 303 del código penal del estado de Michoacán; y reforma el párrafo segundo de la fracción III del artículo 493 del código de procedimientos penales del estado de Michoacán.</p>
<p>Código penal del estado de Michoacán</p>	<p>Código penal del estado de Michoacán</p>
<p>Artículo 76 bis. <u>La libertad condicional no se concederá a los sentenciados por los delitos de:</u> homicidio culposo en agravio de dos o más personas, cometido por conductores de transporte de pasajeros o de carga, de servicio público o concesionado por autorización, permiso o licencia de autoridades competentes, artículo 57; homicidio en perjuicio de prisioneros, consumado en el tipo de rebelión, por jefes o agentes de gobierno y rebeldes, artículo 108; rebelión, ejecutado por extranjeros, artículo 109; evasión de presos, en el supuesto de que el sujeto activo facilite, al mismo tiempo o en un solo acto, la evasión de una o varias personas privadas de su libertad por la autoridad competente, por delito grave, artículo 120; delincuencia organizada, artículo 132; ataques a las vías de comunicación en la modalidad de destrucción e inutilización de un campo de aviación particular o del Estado y para realizar las conductas de que habla el citado precepto se valga de explosivos, artículo 137, fracción VIII y último párrafo; incendio de un vehículo del servicio público ocupado por una o más personas, artículo 138; terrorismo, artículo 158; corrupción de personas menores de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, artículo 162; pornografía y turismo sexual de personas menores de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado de hecho, artículos 164 y 165; lenocinio y trata de personas, artículos 167, 168 y 168 Bis; tortura, artículos 186 A y 186 B; falsificación de documentos y uso de documentos falsos, artículo 203 bis; incesto, artículo 220; secuestro, artículo 228; tráfico de personas, sus miembros y órganos, artículo 229 bis; extorsión, artículos 236 y 236 bis; asalto, artículos 237 y 238; violación, artículo 240; abusos deshonestos perpetrados en la hipótesis normativa consistente en la introducción, por medio de la violencia física o moral, por motivo de actos eróticos o cualquier otra causa, por vía anal o vaginal, de cualquier elemento o instrumento diferente al miembro viril, o cuando sin emplearse la violencia el ofendido no estuviere en posibilidades de resistir la conducta delictuosa, artículo 246; homicidio simple intencional, artículo 264; homicidio en riña o duelo, artículo 265; homicidio calificado, ejecutado con las agravantes contempladas en el artículo 279, artículo 267; lesiones perpetradas dolosamente, artículo 270, fracciones IV y V; lesiones dolosas que pongan en peligro la vida, artículo 271; parricidio, artículo 283; filicidio, artículo 283 bis; robo perpetrado con las calificativas contenidas en el artículo <u>303 fracciones I, IV, V, VII, VIII y X;</u> abigeato, previsto en los artículos 312 fracciones II y</p>	<p>Artículo 76 bis.- <u>La libertad condicional no se concederá a los sentenciados por los delitos de:</u> homicidio culposo en agravio de dos o más personas, cometido por conductores de transporte de pasajeros o de carga, de servicio público o concesionado por autorización, permiso o licencia de autoridades competentes, artículo 57; homicidio en perjuicio de prisioneros, consumado en el tipo de rebelión, por jefes o agentes de gobierno y rebeldes, artículo 108; rebelión, ejecutado por extranjeros, artículo 109; evasión de presos, en el supuesto de que el sujeto activo facilite, al mismo tiempo o en un solo acto, la evasión de una o varias personas privadas de su libertad por la autoridad competente, por delito grave, artículo 120; delincuencia organizada, artículo 132; ataques a las vías de comunicación en la modalidad de destrucción e inutilización de un campo de aviación particular o del Estado y para realizar las conductas de que habla el citado precepto se valga de explosivos, artículo 137, fracción VIII y último párrafo; incendio de un vehículo del servicio público ocupado por una o más personas, artículo 138; terrorismo, artículo 158; corrupción de personas menores de edad o de personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, artículo 162; pornografía y turismo sexual de personas menores de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado de hecho, artículos 164 y 165; lenocinio y trata de personas, artículos 167, 168 y 168 Bis; falsificación de documentos y uso de documentos falsos, artículo 203 bis; incesto, artículo 220; secuestro, artículo 228; tráfico de personas, sus miembros y órganos, artículo 229 bis; extorsión, artículo 236 bis; asalto, artículos 237 y 238; violación, artículo 240; abusos deshonestos perpetrados en la hipótesis normativa consistente en la introducción, por medio de la violencia física o moral, por motivo de actos eróticos o cualquier otra causa, por vía anal o vaginal, de cualquier elemento o instrumento diferente al miembro viril, o cuando sin emplearse la violencia el ofendido no estuviere en posibilidades de resistir la conducta delictuosa, artículo 246; homicidio simple intencional, artículo 264; homicidio en riña o duelo, artículo 265; homicidio calificado, ejecutado con las agravantes contempladas en el artículo 279, artículo 267; lesiones perpetradas dolosamente, artículo 270, fracciones IV y V; lesiones dolosas que pongan en peligro la vida, artículo 271; parricidio, artículo 283; filicidio, artículo 283 bis; robo perpetrado con las calificativas contenidas en el artículo <u>303 fracciones I, IV, V, VII, VIII, X y XI en relación a las modalidades establecidas en el primero y segundo párrafos;</u> abigeato, previsto en los artículos 312 fracción III y 313; despojo cometido por dos o más personas, únicamente por lo que respecta a los autores intelectuales y a quienes dirijan la ejecución del injusto penal, artículo 330, fracción IV segundo párrafo; daño en las cosas por incendio, inundación o explosión, artículo 334; y delitos contra la ecología, artículo 347 fracciones II y III y 348; todos de este Código; así como a los habituales o a quienes hubieren incurrido en segunda reincidencia.</p>

III y 313; despojo cometido por dos o más personas, únicamente por lo que respecta a los autores intelectuales y a quienes dirijan la ejecución del injusto penal, artículo 330, fracción IV segundo párrafo; daño en las cosas por incendio, inundación o explosión, artículo 334; y delitos contra la ecología, artículo 347 fracciones II y III y 348; todos de este Código; así como a los habituales o a quienes hubieren incurrido en segunda reincidencia. Asimismo, no se concederá libertad condicional en caso de tentativa de los delitos señalados en el presente artículo.	
<i>Artículo 299.- Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella.</i>	Artículo 299.- Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella.
<i>Artículo 300.- Al responsable del delito de robo se le sancionará conforme a las reglas siguientes:</i>	<i>Artículo 300.- Al responsable del delito de robo se le sancionará conforme a las reglas siguientes:</i>
I. Cuando el valor de lo robado no exceda del importe de cien días de salario, la sanción será de seis meses a dos años de prisión y multa de tres a diez días de salario;	I. Cuando el valor de lo robado no exceda del importe de cien días de salario, la sanción será de seis meses a dos años de prisión y multa de tres a diez días de salario;
<i>Artículo 303.-</i>	Artículo 303.
Se considera calificado el delito de robo cuando:	Se considera calificado el delito de robo cuando:
IV. Se cometa en un paraje solitario o estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público o se cometa en un lugar cerrado o en edificio, vivienda, aposento, casa habitación o cualquier dependencia de ella, cuarto o cualquier lugar destinado para habitación, incluyendo en esta denominación no solo los que estén fijos en la tierra sino también los muebles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos y que se encuentre habitado en el momento del robo, independientemente de la cuantía, haya o no violencia en las personas;	IV. Se cometa en un paraje solitario o estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público, vivienda, aposento, casa habitación o cualquier dependencia de ella, cuarto o cualquier lugar destinado para habitación, incluyendo en esta denominación no solo los que estén fijos en la tierra sino también los muebles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos y que se encuentre habitado en el momento del robo, independientemente de la cuantía, haya o no violencia en las personas;
IX. Se cometa en huertos, plantaciones o sementeras agrícolas; y,	IX. Se cometa en huertos, plantaciones o sementeras agrícolas;
X. Cuando participen una o más personas que pertenezcan o hayan pertenecido a corporaciones policiacas de cualquier índole o a las fuerzas armadas.	X. Se cometa en un lugar cerrado teniendo o no acceso al público, en edificio o establecimiento comercial o de servicios;
	XI. Se cometa en un lugar cerrado teniendo o no acceso al público, en edificio o establecimiento comercial o de servicios;

<p>En los casos previstos en las fracciones I, IV, VII, VIII y X de este artículo, la sanción aplicable al robo simple se aumentará hasta diez años de prisión y multa de cien a mil días de salario. En los demás casos de este artículo las sanciones correspondientes al robo simple se aumentarán con prisión hasta de cinco años y multa de diez a cien días de salario.</p>	<p>En los casos previstos en las fracciones I, IV, VII, VIII, X y XI de este artículo, LA SANCIÓN APLICABLE AL ROBO SIMPLE SE AUMENTARÁ HASTA DIEZ AÑOS DE PRISIÓN y multa de CIENTO a MIL días de salario mínimo general vigente. En los demás casos de este artículo, las sanciones correspondientes al ROBO SIMPLE SE AUMENTARÁN CON PRISIÓN HASTA DE CINCO AÑOS Y multa de diez a cien días de salario.</p>
	<p>En caso de la fracción XI de este artículo, SE CONSIDERARÁ GRAVE CUANDO EL MONTO DE LO ROBADO excede de lo dispuesto en la fracción II del artículo 300 de esta Ley.</p>
<p>Código de procedimientos penales del estado de Michoacán</p>	<p>Código de procedimientos penales del estado de Michoacán</p>
<p>Artículo 493.-</p>	<p>Artículo 493.-</p>
<p><u>Derecho a la libertad provisional bajo caución.- Todo inculcado tendrá derecho durante la averiguación previa o dentro del proceso a ser puesto en libertad caucional, inmediatamente que lo solicite, si reúne los requisitos siguientes:</u></p>	<p><u>Derecho a la libertad provisional bajo caución.-</u> Todo inculcado tendrá derecho durante la averiguación previa o dentro del proceso a ser puesto en libertad caucional, inmediatamente que lo solicite, si reúne los requisitos siguientes:</p>
<p>III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso.</p>	<p>III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso.</p>
<p><u>No procede conceder la libertad provisional bajo caución en los DELITOS GRAVES previstos en los siguientes artículos del código penal:</u> 57, homicidio culposo en agravio de dos o mas personas, cometido por conductores de transporte de pasajeros o de carga, de servicio publico o concesionado por autorización, permiso o licencia de autoridades competentes; 108, homicidio en perjuicio de prisioneros, consumado en el tipo de rebelión, por jefes o agentes de gobierno y rebeldes; 109, rebelión, ejecutado por extranjeros; 120, evasión de presos, en el supuesto de que el sujeto activo facilite, al mismo tiempo o en un solo acto, la evasión de una o varias personas privadas de su libertad por la autoridad competente, por delito grave; 132, delincuencia organizada; 137 fracción VIII y ultimo párrafo, ataques a las vías de comunicación en la modalidad de destrucción e inutilización de un campo de aviación particular o del estado, y para realizar las conductas de que habla el citado precepto se valga de explosivos; 138, incendio de un vehiculo del servicio publico ocupado por una o mas personas; 158, terrorismo; 162 corrupción de personas menores de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho; 164 y 165 pornografía y turismo sexual de personas menores de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho; 167, 168 y 168 bis lenocinio y trata de personas; 186 a y 186 b, tortura; 203 bis, falsificación de documentos y uso de documentos falsos; 220, incesto; 228, secuestro; 229 bis, trafico de personas, sus miembros y órganos; 236 y 236 bis, extorsión; 237 y 238, asalto; 240, violación; 246, abusos deshonestos perpetrados en las hipótesis normativas consistentes en la introducción, por medio de la violencia física o moral, por motivo de actos eróticos o cualquier otra causa, por vía anal o vaginal, de cualquier elemento o instrumento diferente al miembro viril, o cuando sin emplearse la violencia el ofendido no</p>	<p><u>No procede conceder la libertad provisional bajo caución en los DELITOS GRAVES previstos en los siguientes artículos del Código Penal:</u> 57, homicidio culposo en agravio de dos o más personas, cometido por conductores de transporte de pasajeros o de carga, de servicio público o concesionado por autorización, permiso o licencia de autoridades competentes; 108, homicidio en perjuicio de prisioneros, consumado en el tipo de rebelión, por jefes o agentes de Gobierno y rebeldes; 109, rebelión, ejecutado por extranjeros; 120, evasión de presos, en el supuesto de que el sujeto activo facilite, al mismo tiempo o en un solo acto, la evasión de una o varias personas privadas de su libertad por la autoridad competente, por delito grave; 132, delincuencia organizada; 137 fracción VIII y último párrafo, ataques a las vías de comunicación en la modalidad de destrucción e inutilización de un campo de aviación particular o del Estado, y para realizar las conductas de que habla el citado precepto se valga de explosivos; 138, incendio de un vehículo del servicio público ocupado por una o más personas; 158, terrorismo; 162 Corrupción de personas menores de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho; 164 y 165 pornografía y turismo sexual de personas menores de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho; 167, 168 y 168 Bis lenocinio y trata de personas; 203 bis, falsificación de documentos y uso de documentos falsos; 220, incesto; 228, secuestro; 229 bis, tráfico de personas, sus miembros y órganos; 236 y 236 bis, extorsión; 237 y 238, asalto; 240, violación; 246, abusos deshonestos perpetrados en las hipótesis normativas consistentes en la introducción, por medio de la violencia física o moral, por motivo de actos eróticos o cualquier otra causa, por vía anal o vaginal, de cualquier elemento o instrumento diferente al miembro viril, o cuando sin emplearse la violencia el ofendido no estuviere en posibilidades de resistir la conducta delictuosa; 264, homicidio simple intencional; 265, homicidio en riña o duelo; 267, homicidio calificado, ejecutado con las agravantes contempladas en el artículo 279; 270 fracciones IV y V, lesiones perpetradas dolosamente; 271, lesiones dolosas que pongan en peligro la vida; 283, parricidio; 283 bis, filicidio; robo perpetrado con las calificativas contenidas en el artículo 303 fracciones I, IV, V, VII, VIII, X y XI en relación a las modalidades establecidas en el primero y segundo párrafos; 312 fracción III y 313, abigeato; 330, último párrafo, despojo cometido por dos o más personas, únicamente por lo que respecta a los autores intelectuales y a</p>

<p>estuviere en posibilidades de resistir la conducta delictuosa; 264, homicidio simple intencional; 265, homicidio en riña o duelo; 267, homicidio calificado, ejecutado con las agravantes contempladas en el artículo 279; 270 fracciones iv y v, lesiones perpetradas dolosamente; 271, lesiones dolosas que pongan en peligro la vida; 283, parricidio; 283 bis, filicidio; 303 fracciones I, IV, V, VII, VIII y X, robo perpetrado con las calificativas a que se refieren las fracciones anotadas; 312 fracciones II y III y 313, abigeato; 330, ultimo párrafo, despojo cometido por dos o mas personas, únicamente por lo que respecta a los autores intelectuales y a quienes dirijan la ejecución del injusto penal; 334, daño en las cosas por incendio, inundación o explosión; 347 fracciones II y III y 348, delitos contra la ecología.</p>	<p>quienes dirijan la ejecución del injusto penal; 334, daño en las cosas por incendio, inundación o explosión; 347 fracciones II y III y 348, delitos contra la ecología.</p>
--	--

Desprendiéndose en lo medular que se agrego al artículo 303 que contempla circunstancias modificadoras de tipo agravante, la fracción XI que a la letra reza:

XI. Se cometa en un lugar cerrado teniendo o no acceso al público, en edificio o establecimiento comercial o de servicios;

Imponiendo una sanción jurídica consistente en: **la sanción aplicable al robo simple se aumentará hasta DIEZ AÑOS de prisión y multa de CIEN a MIL días de salario mínimo general vigente.**

En caso de la fracción XI de este artículo, **SE CONSIDERARÁ GRAVE CUANDO EL MONTO DE LO ROBADO excede de lo dispuesto en la fracción II del artículo 300 de esta Ley.**

En primer termino genera una discordancia pues dentro del decreto **NÚMERO 312 se establece específicamente que:** “Se reforma el artículo 76 bis, la fracción IV, IX, X y **el segundo párrafo del artículo 303, así como, adiciona** fracción XI y **un tercer párrafo** al artículo 303 del Código Penal del Estado de Michoacán.”

Ahora bien el artículo 76 bis del Código penal del estado de Michoacán, el cual dispone que la libertad condicional no se concederá a los sentenciados en relación al robo perpetrado con las calificativas contenidas en el artículo **303 fracciones I, IV, V, VII, VIII, X y XI en relación a las modalidades establecidas en el primero y segundo párrafos**, al igual que el artículo 493 del código de procedimientos penales del estado de Michoacán, disponiendo que no procede conceder la libertad provisional bajo caución **en los delitos graves previstos en los siguientes artículos** del código penal; robo perpetrado con las calificativas contenidas en el artículo **303 fracciones I, IV, V, VII, VIII, X y XI en relación a las modalidades establecidas en el primero y segundo párrafos**, sin embargo el decreto **NÚMERO 312, dispone que al artículo 303, se le reformo el segundo párrafo**, así como, adiciona fracción XI **y un tercer párrafo**.

Por lo que tenemos que las reformas referentes al artículo 303, que cuenta con un párrafo que a su vez cuenta con XI fracciones y dos párrafos más:

Artículo 303.

(PÁRRAFO PRIMERO) Se considera calificado el delito de robo cuando:

IV. Se cometa en un paraje solitario o estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público, vivienda, aposento, casa habitación o cualquier dependencia de ella, cuarto o cualquier lugar destinado para habitación, incluyendo en esta denominación no solo los que estén fijos en la tierra sino también los movibles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos y que se encuentre habitado en el momento del robo, independientemente de la cuantía, haya o no violencia en las personas;

IX. Se cometa en huertos, plantaciones o sementeras agrícolas;

X. Se cometa en un lugar cerrado teniendo o no acceso al público, en edificio o establecimiento comercial o de servicios;

XI. Se cometa en un lugar cerrado teniendo o no acceso al público, en edificio o establecimiento comercial o de servicios;

(PÁRRAFO SEGUNDO) En los casos previstos en las fracciones I, IV, VII, VIII, X y XI de este artículo, **la sanción aplicable al robo simple se aumentará hasta DIEZ AÑOS de prisión y multa de CIEN a MIL días de salario mínimo general vigente**. En los demás casos de este artículo, las sanciones correspondientes al robo simple se aumentarán con prisión hasta de cinco años y multa de diez a cien días de salario.

(PÁRRAFO TERCERO) En caso de la fracción XI de este artículo, **SE CONSIDERARÁ GRAVE CUANDO EL MONTO DE LO ROBADO excede de lo dispuesto en la fracción I del artículo 300 de esta Ley**.

Por lo tanto los numerales 76 bis del Código penal del estado de Michoacán y 493 del código de procedimientos penales del estado de Michoacán, nos remiten al 303 fracciones I, IV, V, VII, VIII, X y XI en relación a las modalidades establecidas en el primero y segundo párrafos, sin embargo el párrafo primero contiene los supuestos en el que el robo se considerara como calificado, pero previamente cito las fracciones I, IV, V, VII, VIII, X y XI, y el segundo párrafo que es el siguiente “ En los casos previstos en las fracciones I, IV, VII, VIII, X y XI de este artículo, **la sanción aplicable al robo simple se aumentará hasta DIEZ AÑOS de prisión y multa de CIEN a MIL días de salario mínimo general vigente.** En los demás casos de este artículo, las sanciones. correspondientes al robo simple se aumentarán con prisión hasta de cinco años y multa de diez a cien días de salario.”, omitiendo el tercero que nos dice cuando se considerara grave y es indispensable para el artículo 493 del código de procedimientos penales del estado de Michoacán el cual contempla a que delitos **No procede conceder la libertad provisional bajo caución en los DELITOS GRAVES.**

En el mismo orden de ideas la reforma al **artículo 303, del código penal del Estado es incongruente, pues el párrafo primero dispone los casos en que el delito se considera calificado, pero después, dentro del párrafo tercero, en caso de la fracción XI de este artículo, se considerará grave cuando el monto de lo robado excede de lo dispuesto en la fracción I del artículo 300 de esta Ley, es decir, primero califica el robo cometido dentro de establecimientos comerciales** lo cual supone un incremento de la punibilidad prevista por el legislador, generando un tipo agravado en su punibilidad, a diferencia de los estimados básicos, y contrario a lo anterior establece un margen para delimitar cuando se considerara delito grave, es decir lo califica para después decir que no es grave, que no al calificar un delito, se califica en relación a su gravedad.

Sin embargo, anteriormente al 1° primero de Marzo del 2011 once. el robo simple cometido en un establecimiento comercial o de servicios era sancionable bajo los supuestos de robo simple, consignado ante juzgados de cuantía menor en el Estado, contraponiendo lo señalado en la exposición de motivos que dice:

“Es entonces que someto a consideración la reforma del artículo 303 del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo, en específico su fracción IV, disposición que, por lo general, se actualiza al robar dentro de un centro comercial o tienda departamental, es decir, cuando un sujeto dispone un bien, que comúnmente no sobrepasa los 100 salarios mínimos, dentro de dichos lugares, siendo éste grave y no teniendo derecho a salir bajo fianza. Esta situación nos plantea una desproporción entre lo que se merma diario del erario público al mantener a un preso, en relación al monto robado por el presunto delincuente, siendo que, si redimensionamos este supuesto de la ley, podría ser igualmente procesado, pero en libertad.”

Dicha circunstancia es falsa y se comprobaba en el capítulo 5 en el apartado **5.3 Criterios ministeriales y judiciales**, de esta tesis en la que después de revisar el libro de gobierno del año 2009 dos mil nueve, del Juzgado Segundo Menor Penal, se obtiene que del 5 cinco de mayo del 2009 dos mil nueve al 30 treinta de octubre del 2009 dos mil nueve, fueron consignados alrededor de 70 setenta procesos, sobre el delito de **robo simple**, cometido en agravio de un establecimiento comercial y cometidos dentro de un establecimiento comercial.

Además al agregar al artículo 303 la fracción XI, nos ubican en el principio general de que la medida de la sanción destinada a un obrar delictivo, deriva de la gravedad del hecho, la que se valora conforme a diversos criterios: primero, tendencia del daño social (Beccaria); segundo, la *spinta* criminosa (Romagnosi), y tercero, el deber violado (Rosal), sin embargo dichos criterios nunca fueron estudiados correctamente en el proyecto de decreto presentado por la Diputada María Macarena Chávez Flores de la LXXI Legislatura.

Para saber cómo se llevó a cabo la conducta delictuosa, es importante tomar en cuenta las circunstancias del propio obrar y que el arbitrio judicial haga su aparición para individualizar en forma correcta la sanción destinada al infractor, porque concluir que alguien obró en el extremo de una agravante y que es merecedor de mayor penalidad.¹⁹

Insistiéndose que bajo la denominación de calificación del delito se entienden aquellas situaciones que previstas en la ley penal y conocidas por la doctrina bajo la denominación de "circunstancias calificativas" o "circunstancias agravantes", suponen un incremento de la punibilidad prevista por el legislador, generando, por lo mismo, nuevos tipos delictivos que resultan ser más agravados que los estimados básicos.²⁰

Violando principalmente el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 22 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, pues de la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido, pues en el supuesto de que una persona se apodere de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella que el valor de dicha cosa mueble no exceda del importe de cien días y se cometa en un edificio, establecimiento comercial o de servicios **se sancionara con pena privativa de seis meses hasta DIEZ AÑOS de prisión y multa de CIENTO a MIL días de salario mínimo general vigente.**

Generando que a partir del 1 primero de marzo de 2011 dos mil once es que los legisladores delegaron a los Jueces de Primera Instancia una importante suma de expedientes sobre ésta calificativa de robo, una delito de

¹⁹ Diccionario jurídico mexicano, tomo c-ch, instituto de investigaciones jurídicas, varios autores . Núm. 28, Universidad Nacional Autónoma de México, p.95.

²⁰ Diccionario jurídico mexicano, tomo C-CH, instituto de investigaciones jurídicas, serie E. Vrios. Núm. 28, Universidad Nacional Autónoma de México, p.23

bagatela que se consigna a Jueces que tutelan bienes jurídicos mas altos, es una falta de proporcionalidad judicial.

Las normas jurídicas se rigen bajo una serie de principios, que actúan como un canal que los dirige, que evitan que se comentan injusticias, es decir, que no todas las normas jurídicas son justas independientemente de que se hubiere cometido el hecho o no, es por ello que abordaremos el estudio de los principios y la constitución desde un punto de vista garantista de los derechos humanos.

Capítulo Tercero

Principios de derecho penal

3.1. Principio

En su metafísica, Aristóteles distingue varias acepciones del término "principio", así lo plantea:

a) En primer lugar "principio" se utiliza para denominar el punto de partida de un movimiento, aquello desde donde alguien o algo comienza a moverse.

b) En otro sentido, denomina el punto desde el cual mejor procede la realización de una obra o una conducta.

e) También se llama "principio" aquello desde lo cual, de manera intrínseca a la cosa, esta comienza a hacerse, "como la nave -dice- se construye desde la quilla o la casa desde los cimientos".

d) Igualmente se aplica este término a los casos donde comienza el ser o el hacer de algo, aunque tenga carácter extrínseco a la cosa, como es el ejemplo del padre para el hijo.

e) Finalmente, "principio" implica tanto aquello según cuyo designio se mueven y cambian las cosas que actúan, como el punto desde el cual algo comienza a ser cognoscible. Por eso, todas las causas de las cosas son consideradas principios.

En resumen, todos los principios coinciden en ser lo primero desde lo cual algo **es** o **se** conoce o **se** hace, resultando algunos de estos intrínsecos y otros extrínsecos.²¹

Entonces, la noción de principio posee tres valencias significativas especiales según se trate del orden del ser, del conocer o del operar.

3.2. Principios generales del derecho

Estos son los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el **fundamento de todo sistema jurídico** posible o actual. El fundamento de estos principios es la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene al hombre seguir en orden a su perfeccionamiento como ser humano.²²

3.3. Los principios penales

Principios básicos que rigen el ejercicio del ius puniendi, de lo cual la evaluación histórico-institucional del derecho penal.

La natural emergencia del ius puniendi, conforme estos principios generales, se instala en un espacio histórico-cultural, dentro del cual la Constitución supone un dato trascendente en esta etapa del desarrollo de la teoría política.

Por eso, conviene considerar al bloque de **valores constitucionales como un modo de especificación de los principios penales generales. La**

²¹ Aristóteles, metafísica, edición trilingüe de Gredos, Libro V, Madrid 1013a-1015b, 15 a 20.

²² Reciado Hernández, Rafael, "El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, t. XIX, núms. 75-76, julio-diciembre de 1999.

Constitución está en la base del diseño de la política criminal y opera como garantía contra la arbitrariedad de un mero decisionismo político.

3.4. Constitución

Para Roxin Claus, penalista Alemán, el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios de la Constitución.

Enrique Bacigalupo, expresa que las limitaciones del ius puniendi en realidad surgen de los valores superiores del ordenamiento jurídico establecidos en particular en la Constitución.²³

El texto constitucional nos interesa a todos, puesto que sus normas tienen que ver con aspectos esenciales de la vida de cada uno de nosotros. El texto constitucional no es algo que se refiera solamente a los políticos profesionales, a los partidos o a los diputados. Desde luego que regula aspectos, pero contiene también previsiones que guardan estrecha relación con las personas que trabajan, con los niños, con los campesinos, con los estudiantes, con quienes quieren conseguir una vivienda, con las personas que sufren enfermedades, con los grupos en situación de vulnerabilidad, etcétera. Por eso es que el conocimiento de lo que establece la constitución es una responsabilidad cívica y política de todos los que habitamos dentro del Estado mexicano. Sería ingenuo pensar que solamente los especialistas en materia jurídica tienen el deber de conocer el texto de la Carta Magna.²⁴

Siguiendo el modelo de otros textos semejantes, la Constitución mexicana contiene dos grandes tipos de normas: unas referidas a los derechos que tienen todas las personas, o todos los ciudadanos, por el hecho de estar

²³ Derecho penal, 2d., ya citada, p. 44

²⁴ Carbonell Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización*, 164ª. Edición, editorial porrua, 2011, p. 7

dentro del territorio nacional; otras se refieren a la forma en que se organizan los poderes públicos y a su ámbito de competencia, es decir, las normas de la Constitución delimitan lo que puede hacer cada uno de los poderes públicos del Estado mexicano.

3.5. Nuestros derechos

Los derechos fundamentales son derechos que están asignados constitucionalmente a todas las personas, como regla general (de acuerdo con el artículo 1º párrafo primero de la Carta Magna reformada mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio del 2011).

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
QUE REFORMA LA DE 5 DE FEBRERO DE 1857

Titulo primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. en los estados unidos mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece.”

Los derechos fundamentales son considerados como tales en medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de

las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Como coedición necesaria para cualquier plan de vida.²⁵

Es menester señalar que derechos hoy en día, somos testigos de cómo la protección de los Derechos Humanos, establecidos en leyes, constituciones e instrumentos internacionales, se ha encomendado no sólo a los Parlamentos y Jueces de los diversos países, sino también a las instituciones de carácter internacional con lo cual, como señala Sergio García Ramírez, se ha creado un indispensable circuito de defensa, en el que no se puede prescindir de ninguno de sus segmentos ni asignar a uno de ellos, con exclusión de los otros, la tarea de preservar el estatuto del ser humano, y sobre todo, la eficacia del mismo.²⁶

Resulta evidente que en este proceso de internacionalización y de estandarización de los Derechos Humanos los tratados, que se han venido realizando, denotan ya claramente tener una naturaleza distinta a los tratados tradicionales, pues ya se ve claramente que los Estados contratantes no buscan satisfacer intereses propios, sino que más bien tienen un interés común el cual es el establecimiento de un “orden público común”.²⁷

Los derechos fundamentales deben de ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar donde haya nacido, su nivel de ingresos o características físicas.

El investigador jurídico Jorge Ulises Carmona Tinoco nos dice que la consideración de diversas iniciativas en reforma constitucional en materia de derechos humanos en el Congreso de la Unión y el periplo de cerca de dos años intercamaras, han rendido finalmente frutos.

²⁵ Carbonell Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización*, 164ª. Edición, editorial porrúa, 2011, p. 8

²⁶ García Ramírez, Sergio, “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Ed. Porrúa, México, 2007, p. 6.

²⁷ Rodríguez H., Gabriela, “*Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados*” en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela (Comps.), “*Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos Desafíos*”. Ed. Porrúa/ITAM, México, 2005, p. 241.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁸

Una vez reunidos los requisitos exigidos por el artículo 135 de la constitución federal, y a manera de culminación formal de dicho procedimiento, el 10 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la esperada reforma constitucional en materia de derechos humanos.

La modificación involucra cambios a la denominación del capítulo I del título primero, así como los artículos 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B, y 105, fracción II, de la Constitución Política de los estados unidos mexicanos.

Se trata, sin duda alguna, del cambio constitucional en materia de derechos básicos **más importante del último siglo**, que representa un nuevo paradigma para el respeto, protección, garantía y satisfacción de derechos humanos.

El investigador jurídico Jorge Ulises Carmona Tinoco manifiesta que la reforma trae grandes cambios, que para su mejor comprensión podemos agrupar en la siguiente forma:

1. Cambios sustantivos o al sector material

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho Y Razon Teoria Del Garantismo Penal*, edición española Trotta, Madrid, 1998, pp. 908-920);

Estos derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que incluye:

- a) La modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos básicos;
- b) El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos;
- c) La ampliación de hipótesis de no discriminación;
- d) La educación en materia de derechos humanos;
- e) El derecho de asilo y de refugio;
- f) El respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario, y
- g) Los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.

2. Cambios operativos al sector de garantía

Éstos inciden en las posibilidades procesales de hacer valer los hechos ante los operativos jurídicos, por lo que les otorgan herramientas para tal efecto, entre las que se encuentran:

- a) La interpretación conforme;
- b) El principio pro persona;
- c) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos;
- d) La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados;
- e) La regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos humanos;

- f) El requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros;
- g) La exigencia de que las autoridades funden, motiven y hagan publica en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad de que las autoridades comparezcan ante los órganos legislativos correspondientes a explicar los motivos de su negativa;
- h) La ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos, para conocer de asuntos laborales;
- i) El traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- j) La posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos de las entidades federativas, en el ámbito de su respectiva competencia, contra leyes de carácter federal, estatal y del distrito federal, así como tratados internacionales, se puedan enderezar respecto a violaciones de los derechos humanos previstos en la constitución, pero también en los tratados internacionales de derechos humanos.²⁹

La denominación del título primero, capítulo I, de la constitución federal, “de las garantías individuales”, pasa a ser “Los derechos humanos y sus garantías” el cambio de nomenclatura que se propone posee un significado muy distinto al original, y no se trata de un ajuste o actualización, pues una cosa son los derechos humanos, y otra muy distinta las garantías individuales. A partir de la entrada en vigor de la reforma no hay duda alguna: la Constitución prevé derechos humanos.

Además de la modificación al artículo 105, fracción II, inciso g) que prevé:

²⁹ Carmona Tinoco Jorge Ulises, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Las reformas y las normas de los derechos humanos previstos en tratados internacionales, p. 38-41

“**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: **a - f) (...)**

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Con ello se incorpora a nuestro sistema el **control de convencionalidad** abstracto, a través del cual se podría expulsar del ordenamiento a las normas generales contrarias a los derechos humanos de fuente internacional, lo que sin duda alguna fortalece la garantía de los mismos. La reforma eleva a rango constitucional las normas de derechos humanos de carácter internacional, de manera que ahora sirvan claramente, al igual que las normas constitucionales, como parámetros de la regularidad de los actos, omisiones y el resto de las normas del ordenamiento; se trata de permitir plenamente el llamado control de convencionalidad abstracto y concreto. A su vez, con la exigencia de la interpretación conforme a la observancia del principio pro persona, los derechos humanos consagrados en la constitución y los de fuente internacional se armonizan, a efecto de contar con el mejor parámetro posible de derechos de

la persona en casos concretos, sin considerarlos enfrentados entre sí. La reforma en comento, trae consigo cambios sustantivos y de operación. Los primeros contemplan nuevos estándares de derechos humanos, mientras que los segundos enriquecen los mecanismos de garantía de los derechos, a efecto que tengan vías y posibilidades de ser exigidos y aplicados adecuadamente.³⁰

Los cambios realizados, que se complementan con la reforma constitucional al juicio de amparo, ponen al día a la constitución mexicana en materia de derechos humanos. Los operadores jurídicos tendrán necesariamente que considerar a la Constitución el punto de partida de su actuar y aplicar la ley, pero no solo eso, sino que se les exige también que sean agentes de respeto, protección, garantía y difusión de los derechos humanos, cuya observancia da sentido al gobierno y al Estado mismo.

El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos, no es ninguna novedad, ya que, tal vez no con ese término pero sí en cuanto a objetivo y fines, su origen se remonta al momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³¹ al encontrarse prevista en el artículo 62.1 y .3 de ese tratado la competencia en ese ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto es así, porque ahí se dispone expresamente que la Corte Interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la *interpretación y aplicación* de las disposiciones de la CADH que le sea sometido a su consideración,³² esto es, que el tribunal interamericano es el encargado de revisar que los actos y hechos de los Estados que han reconocido su competencia se ajusten a las disposiciones de la Convención Americana, de vigilar que el hacer o no hacer

³⁰ Carmona Tinoco Jorge Ulises, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Las reformas y las normas de los derechos humanos previstos en tratados internacionales, p. 56

³¹ 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.2 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³² Artículo 1o. de su Estatuto, aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

de los Estados se ajuste a la regularidad del tratado y, con ello, de asegurar y hacer efectiva la supremacía de éste.³³

En ese sentido, en nuestra consideración, el control de convencionalidad está claramente previsto desde el origen mismo del sistema interamericano, es una función esencial de la Corte Interamericana y no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos una nueva competencia como algunos afirman.³⁴

Incluso, el supuesto control de convencionalidad a cargo de los poderes judiciales nacionales, que en nuestra consideración no es más que una *interpretación de derecho y libertades acorde a tratados*, porque el control de convencionalidad como tal sólo lo tiene la Corte Interamericana, tampoco es una situación novedosa. Éste encuentra su fundamento, nuevamente circunscribiéndonos al ámbito del sistema interamericano, en la ratificación o adhesión que un Estado hace a la Convención Americana, ya que con ello se obliga a respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,³⁵ así como a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades,³⁶ donde lógicamente se incluyen las medidas de tipo jurisdiccional.

Bajo este orden de ideas, desde que un Estado es parte a la Convención Americana, y en general a cualquier tratado, tiene la obligación de respetar y aplicar las disposiciones ahí contenidas, pues el tratado ya es parte del sistema normativo nacional, es una norma más que debe ser observada y aplicada, una

³³ Karlos Castilla, El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia Pacheco Radilla, p.596

³⁴ Rey Cantor, Ernesto, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México, Porrúa, 2008, pp. 41 a 46.

³⁵ Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

³⁶ artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

norma que de conformidad con los procedimientos constitucionales debe ser segura.

Es una norma que el Poder Judicial en cualquiera de sus manifestaciones debe conocer, aplicar e interpretar. El lugar que ocupen los tratados en el entramado jurídico hará que su análisis y contraste esté antes o después de cualquier otra ley; antes, después o igual que las normas constitucionales, pero desde que forman parte del orden jurídico nacional deben ser aplicados, observados y servir como referente para interpretar los alcances de un derecho o libertad, pero insistimos, su participación se dará siempre dependiendo en dónde estén ubicadas en la *jerarquía* normativa.

Así, como en el caso de México, los tratados internacionales se ubican por debajo de la Constitución y por encima de las demás leyes,³⁷ ninguna ley puede ser contraria ni afectar los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ésta, al haber sido aprobada de conformidad con la Constitución, presupone que no puede oponerse al contenido de ésta última, pues lo contrario no habría permitido su incorporación al sistema normativo del Estado. **Por lo que el Poder Judicial, en cualquiera de sus niveles, está obligado, por lo antes dicho, a que en caso de que una ley o acto se opongan al contenido del tratado, ordenar que éstos se dejen de aplicar o ejecutar por contravenir lo dispuesto en una norma de mayor jerarquía, como ocurre normalmente en el caso que los jueces analizan el contenido de reglamentos frente a las leyes o de leyes de diferentes jerarquías normativas.**³⁸

La Corte Interamericana señaló que:

³⁷ Véase la tesis aislada P. IX/2007, "Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6; tesis aislada P. LXXVII/99, Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

³⁸ Karlos Castilla, El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia Pacheco Radilla, p.598

... es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³⁹

De lo establecido por la Corte Interamericana, la utilización del término *control de convencionalidad* sólo se acuñó con el fin de poner énfasis en una actividad que tienen que llevar a cabo los poderes judiciales a partir de que un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, al estar obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de dicha Convención **no se vean disminuidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.**

Lo que pide la Corte Interamericana a los jueces no es en realidad un *control de convencionalidad*, sino que cumplan con sus obligaciones, lo cual se traduce en aplicar las disposiciones de los tratados interamericanos, en *interpretar derechos y libertades de conformidad con los tratados*, esto es, en interpretar las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos velando que se respete lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que lo ahí dispuesto no se vea mermado por la

³⁹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124.

aplicación de leyes contrarias al objeto y fin de ese y todos los tratados interamericanos. La Constitución no es una norma más, igual a otras que conforman el ordenamiento jurídico. Es la norma suprema, la que se encuentra en el escalón superior del sistema normativo del país. La constitución tiene la característica de la supremacía, de la que carecen otras normas.⁴⁰

Cabe mencionar que dentro del ámbito internacional se cuenta con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 lista de los Estados que han ratificado el pacto Declaraciones y reservas, reconoció que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.

El Legislador tiene un amplio margen de acción ya que debe decidir sobre aquellos medios de los que estén disponibles y que sean aptos para la consecución del fin perseguido.

Por su parte el juez dentro de la individualización de la pena ponderada de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, y el modo en

⁴⁰ Carbonell Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización, editorial porrúa, 164 edición, p. 12

que ha procedido a valorar retrospectivamente su gravedad, por un lado, y la reacción penal por el otro, situándose en una posición que siempre otorgue favorecimiento a los derechos fundamentales del individuo, especialmente en lo que dice relación con su libertad personal.

Tal y como lo dispone el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contempla el derecho a la libertad:

Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

En el mismo orden de ideas contamos con la **CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), suscrito en San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, es su Artículo 5, correspondiente a el Derecho a la Integridad Personal:** Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Así como el artículo que contempla el Derecho a la Libertad Personal, que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

3.6. Garantías

Además de contener un catalogo de derechos fundamentales, de regular la división de poderes y de establecer el principio de supremacía, la Constitución mexicana se refiere también al mecanismo de garantía de su propio texto, es decir, a los instrumentos que es preciso utilizar cuando una de sus normas ha sido violada o corre el riesgo cierto de serlo. Entre los mecanismos mas conocidos para reparar o prevenir una violación constitucional se encuentra el juicio de amparo (artículos 103 y 107), las comisiones publicas de derechos humanos (artículos 102 apartado B), las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (artículo 105 fracciones I y II, respectivamente), etcétera.⁴¹

⁴¹ Carbonell, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización, editorial porrúa, 164 edición, p. 14

El texto constitucional tienen un cierto grado de complejidad, pues trata de las cuestiones más importantes para la vida de una sociedad política. Hoy en día las constituciones no son otra cosa más que la traducción en las normas jurídicas de lo que en otros tiempos se llamaba el “contrato social”. Es decir, son pactos que permiten asegurar la convivencia social pacífica y que los indican a los poderes públicos **que su única razón de ser es la protección de los derechos fundamentales de toda persona.**⁴²

En esa virtud, los poderes públicos que sirvan solamente para el enriquecimiento de sus titulares o que se utilicen para violar derechos y no protegerlos, carecen de toda legitimidad.

Idealmente, las Constituciones deberán ser textos muy breves, de forma que pudieran ser comprendidos y efectivamente cumplidos por todos sus destinatarios. Como lo podrá verificar el lector, en México no se ha observado siempre este principio, por lo que hemos acabado teniendo un texto extenso, abigarrado y complejo. La necesaria brevedad de las constituciones se había puesto en evidencia desde los primeros tiempos del estado constitucional. Desde el punto de vista político la Constitución refleja la legitimidad del sistema político en el que se interesa. La legitimidad de una Constitución, y por ende de la política que se haga a partir de ella, proviene tanto de su órgano de creación como de sus contenidos. El poder constituyente permite al pueblo materializar su soberanía a través de la reducción de la norma suprema; un pueblo es soberano cuando puede autodeterminarse dándose un contenido constitucional. La constitución busca regular a la política, a través de un sometimiento a la lógica de derecho; se trata de construir un gobierno de las leyes, en vez del tradicional gobierno de los hombres que ha conocido casi toda la historia de la humanidad. Para ello se señalan desde el texto constitucional las precondiciones del ejercicio de la política: el sistema electoral que permite a la

⁴²Carbonell, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización, editorial Porrúa, 164 edición, p. 16

comunidad de ciudadanos elegir a sus representantes, y el sistema parlamentario, dotado de publicidad y deliberación, dos condiciones esenciales para tomar las mejores decisiones y para hacerlo de cara a los ciudadanos y no en secreto o a sus espaldas.⁴³

La constitución de nuestros días es, a la vez, pasado, presente y futuro, resultado de movimientos, revoluciones y costumbres lo mismo que aspiraciones de futuro “Las constituciones de nuestro tiempo- nos explica Gustavo Zagrebelsky- miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencias histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer... pasado y futuro se ligan en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continúa redefinición de los principios de la convivencia constitucional”.⁴⁴

3.7. Modelo Garantista

Para Luigi Ferrajoli **en su libro** Derechos y garantías. La ley del más débil, nos habla de un *Cambio de paradigma* que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico. Es lo que implica el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, la integración de las consecuencias de una primera revolución jurídica con las de la segunda revolución de ese carácter.

Aquella, como bien se sabe, tuvo por objeto primordial vincular legalmente el poder del juez. Esta, se ha orientado a establecer límites y vínculos de derecho para la legislación; sobre la actividad de la mayoría,

⁴³ Carbonell Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización, editorial porrúa, 164 edición, p. 16, 17 y 18.

⁴⁴ Carbonell Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización, editorial porrúa, 164 edición, p. 16, 17 y 18.

concluyendo en el modelo garantista de la democracia constitucional, que comporta cambios estructurales, tanto en la perspectiva del derecho como en la de la democracia política.

Desde el punto de vista histórico y positivo es un hecho que los modelos constitucionales de posguerra contienen rasgos distintivos que dieron origen a un nuevo paradigma jurídico.⁴⁵

En general los elementos de este modelo constitucional y democrático son los siguientes:

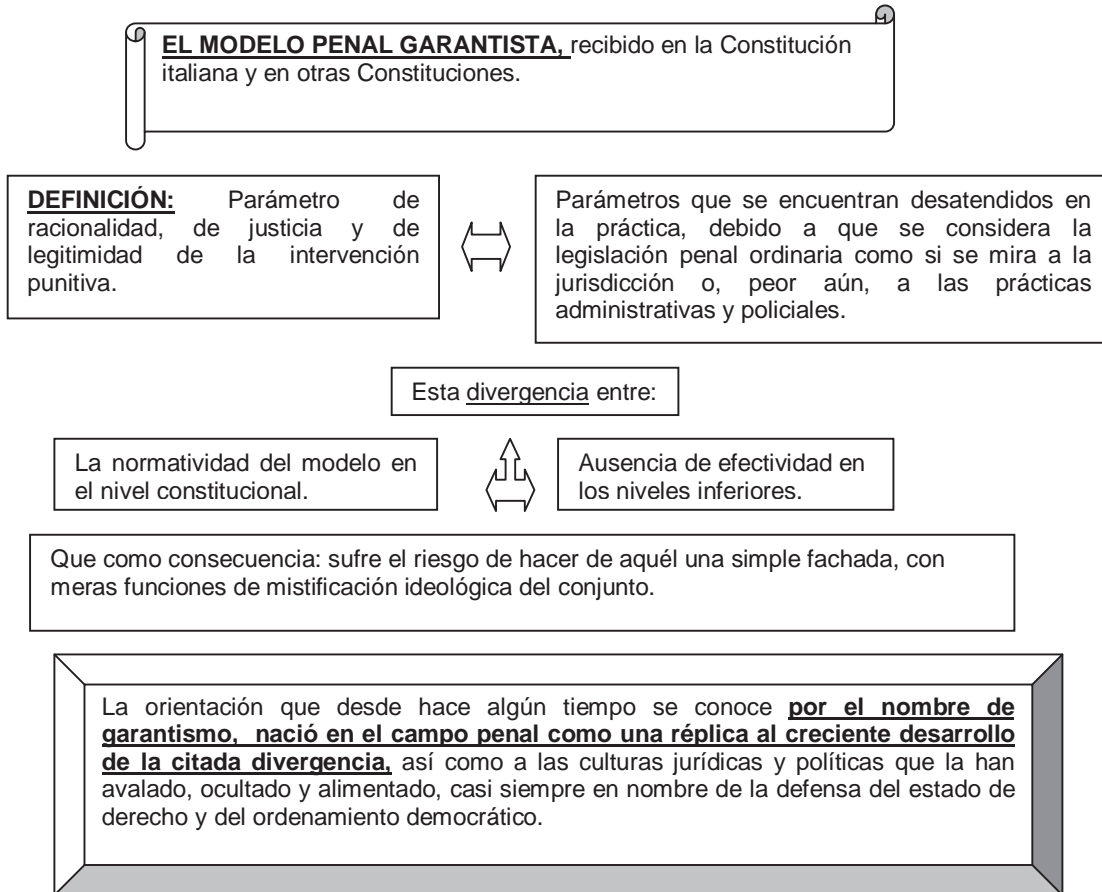
- La vigencia de constituciones escritas, consideradas como normas supremas y caracterizadas por su rigidez.
- Un amplio catálogo de derechos fundamentales.
- Separación de poderes.
- Mecanismos de control y garantía constitucional.
- Constitucionalización de las instituciones y reglas propias de la forma de gobierno democrática.

El garantismo es una teoría que surge en el derecho penal y que solo después, en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales, da el salto más amplio del derecho y justicia constitucional.⁴⁶

⁴⁵ Salazar Ugarte, Pedro, Ensayo sobre el garantismo y el Neoconstitucionalismo frente a frente.

⁴⁶ Ferrajoli Luigi, Galantismo “estudios sobre el pensamiento jurídico” Trota, Madrid, 2005 p. 60 y 61

Esquema sobre el nacimiento del galantismo penal, basado en el capítulo ¿que es el garantismo? Del libro Derecho y razón, teoría del garantismo de Luigi Ferajoli.



Es posible distinguir tres acepciones de la palabra garantismo, diversas pero relacionadas entre sí, susceptibles también de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico:

La primera acepción del garantismo, designa un **modelo normativo de derecho**: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad, sistema garantista, propio del estado de derecho. Que puede ser vista desde el plano epistemológico que se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, y desde el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del

estado en garantía de los derechos de los ciudadanos, es decir garantías o mecanismos que como consecuencia. los sistemas penales que se ajustan normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

En una segunda acepción, el garantismo designa una **teoría jurídica de la validez y de la efectividad**, como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia - dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica⁴⁷, que subsiste entre validez e inefectividad, de el deber ser o los ordenamientos normativos (tendencialmente garantistas), y efectividad (e invalidez) de el ser o prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas).

Finalmente una tercera acepción, del galantismo, designa una filosofía política, que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre .ser. y .deber ser del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado.⁴⁸

⁴⁷Ferrajoli Luigi, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, editorial Trotta, Madrid, pp.852.

⁴⁸ Ferrajoli Luigi, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, editorial Trotta, Madrid, pp.852.

Concluyendo el pre citado autor que las tres acepciones tienen alcance teórico y filosófico general, exponiendo la teoría general del garantismo: “el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad -de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral- estructuralmente análogos al penal aquí elaborado.”⁴⁹

Podemos llamar «modelo» o «sistema garantista», al sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente *sus formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico:

a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones;

⁴⁹ Ferrajoli Luigi, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, editorial Trotta, Madrid, pp.853.

b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial;

c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley;

d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.⁵⁰

Es importante señalar que dentro del sistema garantista al juez le corresponde advertir, denunciar y promover la expulsión del ordenamiento de aquellas leyes inconstitucionales pues “En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez.”⁵¹

3.8. Las relaciones entre principios y normas

Explica Robert Alexy que tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos dicen lo que debe ser. Unos y otros se valen en su formulación de expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. De esa forma, los principios son presentados, al igual que las

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías*(La Ley Del Mas Debil). Cuarta edición, Trotta, Madrid, 2004, p19

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías*(La Ley Del Mas Debil). Cuarta edición, Trotta, Madrid, 2004, p 26.

reglas, como razones para juicios concretos de deber ser. Se puede entender así la afirmación de que toda norma es una regla o es un principio; la distinción está dentro de la categorización normativa.

Los principios en sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en tales. Hasta tanto ello ocurra, los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar, aunque reconoce que los principios contienen "predecisiones" sobre los ulteriores valores a identificar.

Las leyes penales deben respetar el contenido de diversos principios constitucionales, sea por cuestiones de procedimiento, de mera legalidad o por inconstitucionalidad de leyes, tratados o reglamentos que se hayan aplicado.

En la inteligencia que con el control de convencionalidad y el principio pro persona, el Poder Judicial, en cualquiera de sus niveles, está obligado, a que en caso de que una ley o acto se opongan al contenido de la constitución o tratado, ordenar que éstos se dejen de aplicar o ejecutar por contravenir lo dispuesto en una norma de mayor jerarquía, como ocurre normalmente en el caso que los jueces analizan el contenido de reglamentos frente a las leyes o de leyes de diferentes jerarquías normativas.

A continuación se estudiarán algunos principios constitucionales, que es conveniente invocar para el presente tema:

- **Principio de supremacía constitucional.**

La Constitución no es una norma más, igual a otras que conforman el ordenamiento jurídico. Es la norma suprema, la que se encuentra en el escalón

superior del sistema normativo del país. La constitución tiene la característica de la supremacía, de la que carecen otras normas.⁵²

La supremacía constitucional es una cualidad que tiene repercusiones tanto estrictamente jurídicas como políticas.

Jurídicamente la supremacía constitucional proviene precisamente del texto del artículo 133 de la propia constitución, que así establece.

“artículo 133. Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la republica, con aprobación del senado, serna la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglaran a dicha constitución, leyes y tratados, **a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.**”

La constitución es la norma suprema porque ha sido creada por el poder constituyente, un poder con pretensión de legitimidad; esta legitimidad le alcanza para determinar la jerarquía normativa dentro del ordenamiento.⁵³

Para Francisco Rubio Llorante la Supremacía constitucional como “un rango o valor supremo del resto de las normas que integran un ordenamiento, en razón del cual éstas han de considerarse como invalidas, es decir, como antijurídicas en la medida que vayan en contra de lo dispuesto por la constitución, o no hayan sido creadas por los órganos en cada caso competentes y de acuerdo con el procedimiento previsto para ello... es por ello

⁵² Carbonell Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización, editorial porrúa, 164 edición, p. 12

⁵³ Carbonell Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización, editorial porrúa, 164 edición, p. 13

una característica puramente teórica, cuya efectividad practica esta en función de las garantías que la acompañen, pero cuya existencia no deriva en ellas”.⁵⁴

- **El principio de legalidad y pro libertate**

El principio de legalidad, contenido en el artículo 16 constitucional, tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado y se traduce en cuatro principios: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. En suma, el principio de legalidad continúa ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas.

Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (*lex scripta*), la prohibición de analogía (*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in ídem*, en virtud del cual no pueden ser castigados unos mismos hechos más de una vez. El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el “eje diamantino de todo Derecho Penal un tanto evolucionado”: sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el

⁵⁴ Rubio Llorante, Francisco, “constitución” en Aragón, Temas Básicos de Derecho Constitucional, Madrid, Civitas, 2001,m Tomo I, p.23

principio *non bis in idem*, puede considerarse el Derecho penal ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho.⁵⁵

La libertad es, en efecto, el valor primordial de un Estado de Derecho. Y al máximo de ella debe tenderse. Y esa es la función primordial del Estado: la de garantizar el máximo de libertad posible con las menos injerencias posibles. Naturalmente, para conseguir que la libertad sea general es necesario, como señala asimismo la Constitución Mexicana reformada el 10 de junio de 2011 dos mil once, capítulo primero, artículo 1º, que reza:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

⁵⁵ Arroyo Zapatero Luis y Berdugo Gomez De La Torre Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Reflexiones Sobre El Abuso Del Derecho Penal Y La Banalización De La Legalidad, Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

Así como en el artículo primero y cuarto de la declaración universal de los derechos del hombre que expresa:

“Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”

“La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquéllos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.”

En definitiva, el Estado social y democrático de Derecho debe tender a la máxima libertad entendida en el sentido material, para lo que son necesarios, lógicamente, unos ciertos grados de igualdad y de justicia. Se trata, pues, de, restringiendo las mínimas libertades posibles, alcanzar el mayor estado de bienestar y, por ello, de libertad para todos.

En cualquier caso, y si pensamos que el Derecho sancionador y, específicamente, el penal, suponen el mayor grado de injerencia posible del Estado, aplicando incluso penas privativas de libertad y actuando, en definitiva, de la manera más dura que resulta posible, entenderemos que su actividad ha de ser también la menor posible para conseguir el mayor grado de libertad. De ahí que el principio *pro libertate*, en virtud del cual no sea posible la injerencia del Estado si no es necesaria para conseguir ese grado de libertad, deba proclamarse.

Y de ahí que deba interpretarse toda la actividad punitiva del Estado con el principio *restringenda sunt odiosa*; es decir, interpretando como odiosa

cualquier restricción de la libertad: de ahí que haya que procurar las menores restricciones posibles.

El principio general de libertad, del que el de prohibición de exceso es un componente, viene a afirmar que tan sólo puede limitarse la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos. Y sólo en la medida de lo estrictamente necesario. Probablemente sea la obra de Ferrajoli la que mejor exprese las ideas que aquí hemos intentado esbozar: entiende este autor italiano que la tarea del Derecho Penal es precisamente la de intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad.⁵⁶

- **El principio de intervención mínima**

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. El derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.⁵⁷

El denominado Derecho Penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado, propone que aspiremos a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos.

Expresiones del principio general de libertad o, si se prefiere desde el punto de vista de la injerencia estatal en la libertad de los ciudadanos, de prohibición de exceso o de intervención mínima, son los denominados principios de

⁵⁶ Ferrajoli, L.: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal., *passim*, (trad., esp. del orig. de 1989, Madrid, 1995

⁵⁷ Francisco Muñoz Conde, Introducción al derecho penal, España, 2001, p.107.

adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como el de ofensividad. Exige el denominado principio de adecuación que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico (bien jurídico susceptible de tutela penal) y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaría y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano

- **Principio de proporcionalidad**

Resulta menester invocar el siguiente criterio jurisprudencial: **“PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional -la legislación penal no está constitucionalmente exenta-, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.”⁵⁸ Amparo directo en revisión

⁵⁸ Tesis Aislada, perteneciente a la Novena Época, localizable bajo el número registro: 165725, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. CCXXVII/2009, Página: 289

1405/2009. 7 de octubre de 2009. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

La única interpretación posible es la que enjuicia la razón habilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la ley fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razón habilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho.

No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costosos, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata, por emplear expresiones propias del análisis económico del Derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior: si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta.

Es preciso ponderar el grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio que se obtiene con ésta, sino además las diferentes intervenciones del Derecho Penal entre sí.

Lo primero que hay que ponderar es:

- si la intervención del Derecho Penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico:
- si la materia es propia del Derecho Penal,
- y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado.

De la dignidad de los bienes jurídicos se desprende, por una parte la necesidad de un reconocimiento constitucional, en mayor o menor medida; de otra, una materialidad suficiente en el bien jurídico. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto. Así, no parece proporcionada la utilización del Derecho Penal para obtener la limpieza de las aceras frente a la suciedad procedente de las defecaciones de los canes.

También la gravedad de la conducta; esto es, el grado de lesión o peligro en que se pone al bien jurídico, tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar una intervención del Derecho Penal.

De tal forma, el principio de proporcionalidad mínima entre delito y pena aparece como un límite que impide la misma imposición de penas frente a hechos de poca relevancia, y también impide penas desmesuradas amparadas en necesidades de prevención general o especial. Esto es lo que afirma Zaffaroni, para quien la criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. **Es así que según éste último autor,**

tampoco el principio de proporcionalidad legitima al poder punitivo sino que, como se sostiene aquí, es simplemente un nuevo límite para la irracionalidad más manifiesta (y la arbitrariedad) de la punición.⁵⁹

- **El principio de la insignificancia**

Conforme a este principio, son conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico. Este principio puede ser entendido como una apelación a la antijuridicidad material y, en realidad, ha surgido vinculado en cierta forma a la misma.⁶⁰

Roxin enunció este principio por primera vez en 1964, referido a la coacción, en los siguientes términos: "El viejo principio *minima non curat praetor* vale en la coacción en especial medida. Las influencias coercitivas sin duración, y las consecuencias que no son dignas de mención, no son socialmente dañosas en sentido material.⁶¹

La insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma solo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma: todo el orden normativo persigue una finalidad, tiene un sentido, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una co-existencia que evite la guerra de todos contra todos. La insignificancia sólo puede surgir a la luz de la función general que da sentido al orden normativo y, por consecuencia, a la norma en particular, y que nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición, lo que es imposible de establecer a la simple luz de su consideración aislada.

- **El principio de ofensividad.**

⁵⁹ Rivera Iñaki, Política criminal y sistema penal "viejas y nuevas racionalidades punitivas" editorial Anthropos, Barcelona España p. 301

⁶⁰ Tratado de derecho penal parte General, tomo III, Eugenio Raul Zaffaroni, la atipicidad conglobante por la insignificancia de la afectación, sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera.p. 553

⁶¹ Roxin, Claus, Política criminal y sistema del derecho penal, editorial Hamurabi, p. 24

Cabe citar las palabras de Juan Carlos Carbonell Mateu, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia, que dice:

“El principio de ofensividad o, en correcto castellano, ofensión exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: *nullum crimen sine iniuria*. En el seno de una concepción imperativa de la norma, la exigencia de bien jurídico para la tipificación de una conducta es, ciertamente, un loable deseo: desde el principio de ofensividad se limita el poder punitivo del Estado en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de conductas –ni obligar a la realización positiva– si no es en virtud de que resultan lesivas para un bien jurídico. Desde la concepción valoradora de la norma, el principio de ofensión, entendido como exigencia de bien jurídico, no comporta limitación alguna: toda norma penal supone una valoración; por consiguiente, de toda norma penal se desprenderá necesariamente la existencia de un bien jurídico. Sólo si atendemos a la dignidad de ese bien jurídico, puede recobrar el principio de ofensividad su razón de ser como limitador del poder punitivo del Estado. Pues no se trata aquí tanto de referirnos a la no aplicación de la pena cuando de la conducta realizada no se desprenda lesión del bien jurídico, cuanto de que el legislador democrático no tipifique conductas delictivas que no sean necesarias para la tutela de un bien jurídico digno de protección penal. Y la dignidad tiene, a mi juicio, una doble vertiente. En primer lugar, resulta necesario referirse a la dignidad formal del bien jurídico. A mi entender, **sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal**. Los criterios tradicionales, propios del Estado liberal, en virtud de los cuales la selección de bienes jurídicos se realizaba, bien a partir de valoraciones sociales previas al ordenamiento, bien de razones éticas, resultan insuficientes.”⁶²

- **El principio de bagatela (Bagatellprinzip).**

⁶² Carbonell Mateu, Juan Carlos, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam , REFLEXIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO PENAL Y LA BANALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD, p 133 . Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001

El principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal por el delito. Afirma el autor Tiedemann que se trata de un principio que sólo es aplicable en los casos concretos y que existe la posibilidad de considerarlo como una cuestión de antijuridicidad material, y, por ende, excluyente de la tipicidad, o bien, como un caso que, aunque hay delito, se "prescinde de pena".⁶³

- ***El principio de humanidad y respeto a la dignidad humana.***

Es una «humanización» de las penas lo que se reclama, incluso socialmente, a partir del siglo XVIII. Y es esa «humanización» la que alejará a la materialidad de la pena de la muerte y otras penas corporales. Pero el principio de humanidad (en lo estrictamente referido a las penas) no podía limitarse a ello —que, por otro lado, no se logró aún en todos los países civilizados e, incluso, parece estar en un periodo de retroceso— sino que también continuará limitando a la inhumanidad persistente en la aplicación de las penas privativas de libertad, y cualquier otra forma de imponer dolor en forma deliberada. El principio de humanidad aparece con una doble condición: por un lado, entonces, es impuesto como un límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos; pero, por el otro, es un límite del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos, incluso si son mayoría.⁶⁴

3.9. Protección de valores

Se intenta proteger valores. Se trata de valores e intereses que son jurídicamente declarados como tales, bien de manera explícita, o implícitamente a través de la correspondiente tutela penal, pues la intervención del poder

⁶³ Tratado de derecho penal parte General, tomo III, Eugenio Raul Zaffaroni , la atipicidad concluyente por la insignificancia de la afectación, sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera.p. 554

⁶⁴ Rivera Iñaki, Política criminal y sistema penal "viejas y nuevas racionalidades punitivas" editorial Anthropos, Barcelona España p. 301

punitivo se realiza para evitar comportamientos que vengan a negar tales valores, tal como lo es el proceso penal mexicano, tortuoso y obscuro, que sumerge en una incertidumbre total al individuo, cual sea su rol dentro del teatro procesal, machotes que encierran a las masas, leyes generadas de intereses personales que en nada benefician a la sociedad y lo peor de todo, la degradación de la persona, a la cual se le distingue por un expediente, verdaderamente capta la esencia de la 'pesadilla kafkiana':

“Ante la Ley hay un guardián que protege la puerta de entrada. Un hombre procedente del campo se acerca a él y le pide permiso para acceder a la Ley. Pero el guardián dice que en ese momento no le puede permitir la entrada. El hombre reflexiona y pregunta si podrá entrar más tarde.

—Es posible —responde el guardián—, pero no ahora.

Como la puerta de acceso a la Ley permanece abierta, como siempre, y el guardián se sitúa a un lado, el hombre se inclina para mirar a través del umbral y ver así qué hay en el interior. Cuando el guardián advierte su propósito, ríe y dice:

—Si tanto te incita, intenta entrar a pesar de mi prohibición. Ten en cuenta, sin embargo, que soy poderoso y que, además, soy el guardián más insignificante. Ante cada una de las salas permanece un guardián, el uno más poderoso que el otro. La mirada del tercero ya es para mí insoportable.

El hombre procedente del campo no había contado con tantas dificultades. La Ley, piensa, debe ser accesible a todos y en todo momento, pero al considerar ahora con más exactitud al guardián, cubierto con su abrigo de piel, al observar su enorme y prolongada nariz, la barba negra, fina, larga, tártara, decide que es mejor esperar hasta que reciba el permiso para entrar. El guardián le da un taburete y deja que tome asiento en uno de los lados de la puerta. Allí permanece sentado días y años. Hace muchos intentos para que le

inviten a entrar y cansa al guardián con sus súplicas. El guardián le somete a menudo a cortos interrogatorios, le pregunta acerca de su hogar y de otras cosas, pero son preguntas indiferentes, como las que hacen grandes señores, y al final siempre repetía que todavía no podía permitirle la entrada. El hombre, que se había provisto muy bien para el viaje, utiliza todo, por valioso que sea, para sobornar al guardián. Éste lo acepta todo, pero al mismo tiempo dice:

—Sólo lo acepto para que no creas que has omitido algo.

Durante los muchos años que estuvo allí, el hombre observó al guardián de forma casi ininterrumpida. Olvidó a los otros guardianes y éste le terminó pareciendo el único impedimento para tener acceso a la Ley. Los primeros años maldijo la desgraciada casualidad, más tarde, ya envejecido, sólo murmuraba para sí. Se vuelve senil, y como ha sometido durante tanto tiempo al guardián a un largo estudio ya es capaz de reconocer a la pulga en el cuello de su abrigo de piel, por lo que solicita a la pulga que le ayude para cambiar la opinión del guardián. Por último, su vista se torna débil y ya no sabe realmente si oscurece a su alrededor o son sólo los ojos los que le engañan. Pero ahora advierte en la oscuridad un brillo que irrumpe indeleble a través de la puerta de la Ley. Ya no vivirá mucho más. Antes de su muerte se concentran en su mente todas las experiencias pasadas, que toman forma en una sola pregunta que hasta ahora no había hecho al guardián. Entonces le guiña un ojo, ya que no puede incorporar su cuerpo entumecido. El guardián tiene que inclinarse hacia él profundamente porque la diferencia de tamaños ha variado en perjuicio del hombre de la provincia.

—¿Qué quieres saber ahora? —pregunta el guardián—. Eres insaciable.

—Todos aspiran a la Ley —dice el hombre—. ¿Cómo es posible que durante tantos años sólo yo haya solicitado la entrada?

El guardián comprueba que el hombre ha llegado a su fin y, para que su débil oído pueda percibirlo, le grita:

—Ningún otro podía haber recibido permiso para entrar por esta puerta, pues esta entrada estaba reservada sólo para ti. Yo me voy ahora y cierro la puerta.

—El centinela, entonces, ha engañado al hombre —dijo K en seguida, fuertemente atraído por la historia.⁶⁵

Se debe insistir en que el poder punitivo se ve limitado por el criterio de que ha de suponer la intervención mínima para asegurar la libertad, entendida en el sentido de la protección de los bienes atribuidos a los ciudadanos.

Y que sólo puede restringirse la libertad de actuar en función de esa tutela: no puede prohibirse —y aún menos imponerse— ninguna conducta que no sea trascendente para las libertades de los demás.

El Derecho penal impide la realización de actos que vengán a negar los valores tenidos como tales por el Derecho. Mediante el mismo se trata de proteger la existencia, atribución y distribución de los valores; se trata de que éstos no se vean negados ni arrebatados: se protege la vida, la propiedad, la integridad, etc. de cada uno de los ciudadanos a quienes pertenecen.

Sin embargo en la actualidad el derecho penal Estatal, no es más que un dique para los principios constitucionales.

En palabras de Johan Gibler, periodista independiente, en libro México Rebelde, Crónicas de poder e insurrección, nos dice:

⁶⁵ Franz Kafka , *El proceso*, distribuido por Max Brod comentada, editorial, Verlag die Schmiede, Berlín, 1925

“La ley existe principalmente en tres planos que interactúan: la ley escrita, la ley practicada según la interpretan los fallos y acciones de la clase gobernante y la ley percibida – es decir, la percepción de la legitimidad o ilegitimidad de la sociedad en general-. La ley escrita consiste en la constitución federal y estatal, códigos federales, estatales y locales, todos escritos por la clase política – aunque su contenido puede ser depurado y alterado por fuerzas externas a los poderes gobernantes-. La ley escrita se presenta como la ley, pero las palabras en papel no jalan gatillos ni cierran celdas con llave. Sin gente que las interprete y las haga respetar, las leyes escritas tienen la misma influencia de una antología poética. **Quienes ejercen la autoridad para interpretar y hacer respetar la ley son los que la vuelven algo real. Policías, soldados, jueces y aquellos a quienes deben lealtad o favores hacen que la ley sea real.** En México, aunque el concepto de democracia se ha ostentado torpemente desde antes de la revolución de 1910-1920, una pequeña clase política siempre ha manejado al país, escrito sus leyes y gobernado para hacerlas respetar. Las leyes buscaban cimentar formas de control de clase y a veces fortalecer la percepción de legitimidad del Estado de derecho. El concepto de estado de derecho- que se refiere a una situación en que leyes imparciales gobiernen a la sociedad y hacen respetar el orden social- es el sustento ideológico del Estado Mexicano contemporáneo, el discurso usado para legitimar sus acciones. La ideología del Estado de derecho enmascara, o pretende enmascarar, la realidad del dominio de la clase.”⁶⁶

En otras palabras nos manifiesta que la ley por si misma no basta, pues implica participación abierta, sin embargo la falta de uniformidad y contenido entre las normas, genera una contradicción entre las mismas, lo que hace mas difícil interpretar y hacer respetar las mismas.

⁶⁶ Gliber, Jhon, México Rebelde, Crónicas de poder e insurrección, editorial debate, México D.F., p. 70.

Agrava el problema que cualquiera puede estudiar leyes y volverse abogado o juez, y en teoría cualquiera puede postularse para un cargo legislativo y escribir nuevas leyes, sin embargo la falta de voluntad de los actores que hacen funcionar la ley, establece problemas que repercuten en la realidad, como lo es la falta de fundamentación de la exposición de la diputada María Macarena Chávez Flores y como consecuencia la indebida aplicación e interpretación que realizan los manipuladores del sistema de seguridad pública, justicia y penitenciario.

Lo ideal sería que los aplicadores e intérpretes de la ley identificaran las violaciones constitucionales que contienen las leyes estatales, sin embargo se insiste en que la falta de voluntad en dichos actores materialice instituciones precarias equiparables a la referida 'pesadilla kafkiana'.

La ley pura no basta. La justicia está anclada en la ley, pero solo la autoridad puede interpretarla y ejercerla, y por ende administrar justicia, pero se convierte en un mecanismo que la clase política emplea para ejercer su dominio.

Capítulo Cuarto

Cultura, sociedad y economía.

4.1. Sociología del Derecho

El Derecho de nuestro tiempo está aquejado por cambios violentos de tipo cultural, social y económico, sobre todo en nuestras sociedades, afronta permanentemente el desafío de nuevas exigencias de cooperación, de solidaridad y de orden, es decir, de los valores jurídicos todos, a los que necesariamente tiene que responder.⁶⁷

Los legisladores se han centrado cada vez más en el derecho codificado, y, ni la calidad, ni tampoco la continuidad de los estudios de las Ciencias Sociales.

Por eso la Sociología del Derecho, que puede constituir, un campo de unión para ese divorcio de realidad y Derecho, de realidad y sociología, que necesita ser reparado urgentemente. El valor, el hecho y la norma, una integración muy estrecha de esos tres elementos en la reflexión jurídica. Porque la norma jurídica es siempre una tensión entre un hecho histórico concreto y un valor determinado.

El Robo contemplado por los numerales 229, fracción I, en relación con el 303, fracción XI, del código penal del estado de Michoacán de Ocampo, cometido en agravio de grandes establecimientos comerciales o de servicios representa una conducta que atenta contra la propiedad, las grandes empresas como Nueva Walt Mart de Mexico S.A. de C.V., en específico bienes muebles de baja cuantía.

⁶⁷ R. David Pedro, *criminología y sociedad*, pensamiento jurídico editora , buenos aires, p.13

Nadie puede ignorar las condiciones por las que estamos pasando en esta parte del mundo. Nuestras normas jurídicas han sido siempre concebidas como si fueran autosuficientes. El Derecho que vive en la conducta, inmediatamente que se codifica, se rigidiza. No hay ninguna posibilidad de innovar y remodelar en el Derecho si uno no tiene la historia real metida en la trama de la reflexión jurídica, pero esto que acabo de decir del Derecho es también verdad para los sociólogos. Casi todos los análisis del Funcionalismo y de otras Escuelas muy reputadas en la sociología actual, son miopes a la reflexión jurídica, y es que los sociólogos y las Escuelas de Sociología —por otra parte— no toman sistemáticamente el análisis del problema del Derecho como central en la estructura social. ¿Cómo puede estudiarse la estructura social —como se hace corrientemente en Sociología— si no se le da al Derecho un análisis primordial.⁶⁸

Porque el Derecho no es solamente el del Código, el Derecho es aquél que vive en la conducta concreta, es aquél que está en el proceso de socialización de las familias, de las escuelas, la calle, de la vida humana en general.

Y si no, nos encontramos con el caso de normas jurídicas que penalizan a los pueblos, como el caso de los códigos penales mexicanos que en términos generales ignoran las realidades indígenas en gran medida, la pobreza y el azote de la violencia, en esa pirámide absoluta del *ius punendi* románico. Y muy por otra parte ignoran las condiciones de cambio social y cultural que han hecho variar realmente las estructuras de captación del Derecho Penal.

Los desafíos enormes que ha puesto frente al Derecho Penal la circunstancia de población, de cambio social y cultural, de crecimiento de los sectores juveniles en esta parte del mundo.

⁶⁸ R. Pedro David, *criminología y sociedad*, pensamiento jurídico editora , buenos aires, p.17

Mientras en las ciudades crece y se transforma la delincuencia cambiando del tipo individual a la de tipo grupal, siguen todavía los códigos penales tratando al delincuente, o al menor delincuente en singular, y no solamente desde ese punto de vista, sino con absoluta ignorancia de las posibilidades de una prevención realista, hecha no desde instituciones que generalmente son escuelas de delincuencia, sino desde la comunidad misma.⁶⁹

Si más del 25 % de la población menor de 20 años de América Latina, es analfabeta, ¿cuál es el Derecho que vive en la conducta de ese 25 % de analfabetos de la población latinoamericana, y de qué forma son penalizados por una legislación que no entienden, no comprenden, extraña a ellos y extraña a sus propios valores. El hecho que cárceles y prisiones estén llenas de pobres, no significa que sea la pobreza la causa del delito, sino que aquellos que no pueden defenderse por carecer de recursos socio-económicos, reciben inexorablemente la condena. Y en cambio, los delitos de cuello blanco, los de la alta delincuencia económica, pasan desapercibidos porque los buenos abogados están a su servicio. De forma tal que no se cumplen los requisitos de una Justicia distributiva, sino de una Justicia sectorial.⁷⁰

Ante ello, el Estado, protector de garantías, ha establecido formas a través de las cuales pueda brindar seguridad al ciudadano; por lo tanto, dentro de las normas que tienden a sancionar conductas, consideradas antijurídicas, castiga situaciones que son dañosas para la sociedad, sin embargo el lazo entre la realidad y la norma es muy distante.

En estas deprimentes dificultades se refleja una crisis en la que ha incurrido últimamente el pensamiento sistemático en general y la teoría jurídico penal el delito en particular, tal y como la teoría garantista lo anticipó.

⁶⁹ Pedro R. David, *criminología y sociedad*, pensamiento jurídico editora , buenos aires, p.18

⁷⁰ Abrahamsen, David: *Delito y psique*, Mexico : Fondo de Cultura Económico, 1946, p102.

El robo cometido en detrimento de establecimientos comerciales, es un delito de baja peligrosidad, sin embargo la incidencia de dichos ilícitos es muy grande, en particular las grandes cadenas comerciales son las que se encargan de reprimir estas conductas mediante una política dura e inflexible de denunciar, ocasionando el inicio de la actuación del estado que por medio del derecho penal moviliza toda la maquinaria penal, mediante un despliegue de recursos, demostrando que el actuar no es proporcional al hecho cometido.

La realidad es que la mayoría de estos delitos se ve agravada una empresa moral, que generalmente obtiene lo robado, pues al momento de realizar la detención los objetos son recuperados y puestos a disposición de las autoridades.

Que los consumidores de dichos centros comerciales, no saben que los mismos cuentan con área especializada en perdidas, los que actúan de forma arbitraria y autoritaria para identificar y reprimir estas conductas y que por ordenes solo pueden realizar denuncia, a pesar de que el consumidor se ofrezca a pagar el monto de lo robado y devolver el objeto.

Sin embargo de la investigación de campo realizada y que se anexa a esta investigación, consistente en encuestas realizadas a consumidores de establecimientos comerciales, la mayoría señaló que no conocía las consecuencias del robo, por lo que antes de hacérselas saber les pregunté si sustraerían algún objeto de un establecimiento comercial, a lo que algunos contestaron que si, pero al hacerle saber las consecuencias de su conducta, tomaron un cambio de actitud y señalaron que no realizarían dicha conducta, teniendo conocimiento de las consecuencias.

Mientras que los sentenciados generalmente expresan el motivo de su proceder, fue por que se les hizo fácil.



4.2. Abuso del derecho penal

El creciente recurso utilizado por los legisladores al incremento de las penas, a agravar las consecuencias jurídicas previstas para conductas que no se logra atajar, sencillamente porque no se detiene nunca a sus autores, porque no se averigua quiénes sean éstos, o porque no existen los instrumentos jurídicos adecuados para lograr su enjuiciamiento y castigo.

Tal es el caso de la calificativa prevista en la fracción XI del artículo 303 del código penal del estado de Michoacán, pues gracias a la incapacidad de controlar y administrar los grandes establecimientos comerciales, el legislador optó por otorgarle una penalidad más alta, congestionando la competencia de los juzgadores de primera instancia.

La legislación es pernicioso si no va acompañada de la puesta en práctica de una política de otro tipo: social, económica, cultural, etc. que venga a proporcionar las condiciones que favorezcan una disminución real de la

delincuencia, pues los grandes establecimientos comerciales son un oasis urbano, entre el conglomerado habitacional y descontrolado de la ciudad, capaces de brindar protección ante las inclemencias del tiempo, además de satisfacer los recursos necesarios para una vida citadina, alimentos, vestido, medicina e incluso entretenimiento, agregando a esta fórmula la manifestación ciudadana de ingenuidad, desprotección, pobreza y necesidad que los orilla a cometer errores, acto que manifestó su necesidad y pobreza, seguido por la mala educación y la falta de preparación para allegarse de tales recursos de manera lícita, sin embargo, el estado lo reprime y lo priva de la libertad, agravando su perjudicado entorno, agudizando la problemática y sometiéndolo al suplicio procesal.

La intensidad y la proporción entre conducta y consecuencia prevista, la proporcionalidad, en suma, es un requisito no sólo de la justicia, sino también de la eficacia del Derecho penal. Olvidarlo es condenarlo al fracaso. Y utilizarlo abusivamente, de manera consciente, es prescindir de los valores más elementales reconocidos por el Ordenamiento, con la Constitución a la cabeza.

“La libertad, que suele resistir vigorosamente los ataques del poder, apenas sabe defenderse de sí misma”. “Sin embargo, el Estado democrático de Derecho –esto es, el sistema total de las libertades– ha de ser postulado como absolutamente válido frente a cualquier otro tipo de gobierno, aunque sólo sea porque es el único legítimo. *En él* la libertad resulta siempre incómoda, difícil, insegura; puede, a veces, exasperarnos y hasta hacernos desesperar; pero *fuera de él*, es decir, allí donde la libertad se acaba, la *comunidad* política desaparece y la vida social pierde todo valor”.⁷¹

4.3. La búsqueda de las causas o factores del delito.

⁷¹ Vives Antón, T.S.: La libertad como pretexto. Valencia, 1995, pág. 413

Salvador Francisco Scimé, dice al respecto que los comienzos de la Criminología como disciplina dedicada a establecer las razones del "crimen", entendida esta expresión conteniendo toda actitud delictiva: "razones o causas del delito", que en el tiempo se ubica a mediados del siglo XIX, fueron de naturaleza "Antropológica" en virtud de los trabajos que realizara Cesare Lombroso, médico Italiano que diera el gran paso en el campo de la ciencia del hombre que, aunque después fuera reconsiderada y modificada en gran parte su Idea original, le cupo el importantísimo mérito de ser quien por primera vez tratara de determinar la causa del delito en base a conclusiones estrictamente científicas, aún cuando lo fiiera mediante la "antropología" que, finalmente, de conformidad con su profesión, derivara en lo "biológico", posición ésta no criticable, menos aún si tomamos en cuenta que la Real Academia Española en su Diccionario, versión moderna, conceptualizó la "Antropología" como: "Ciencia que trata de los aspectos biológicos del hombre y de su comportamiento como miembro de la sociedad".⁷²

Por este camino debemos distinguir la "Antropología física" y la "Antropología cultural", dos secciones de esta disciplina que se complementan en el concepto "hombre", es decir en sus dos aspectos esenciales: el "físico" y el "psíquico", lo cual constituye una verdadera y real unidad con un componente propio que de algún modo condiciona su vida: "la conducta".⁷³

Este punto nos coloca en la situación de determinar la incidencia que puede tener o que tiene la Antropología en los estudios "Criminológicos", es decir si en la búsqueda de las causas o factores del delito aquélla es de alguna importancia o significación.⁷⁴

⁷² Diccionario de la Lengua Española, op.cit., vocablo "antropología".

⁷³ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, editorial ediciones jurídicas, Argentina. p. 220

⁷⁴ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, editorial ediciones jurídicas, Argentina. p. 221

Colocándonos en el ámbito de la "Antropología física como de la Cultural", a través de las cuales se pueden establecer los orígenes de ciertas tendencias o particularidades vinculadas con la "conducta", como una condición específica del hombre.

La Psicología es otro de los campos de estudio del hombre, no desde su aspecto físico, sino desde su facultad de naturaleza reflexiva, pensante, de decisión, de temperamento, de adaptación a cuanto le rodea, etc. etc. En la actualidad, esta "ciencia de los fenómenos psíquicos", captó el interés de numerosas personas que se dedicaron a profundizarla, cuya acendrada labor destinada a la individualización de las leyes que la rigen, exigieron la aparición de Escuelas, Departamentos o Facultades Universitarias, en que se preparan los interesados en el conocimiento de la intimidad humana, es decir de lo que deriva de su misma expresión: "psyque", o sea mente o "alma".⁷⁵

La "**Psicología Social**", tiene por objeto la contactación o relación de la "Psicología" con el grupo o medio comunitario, donde se ocupa de los fenómenos de tipo colectivo que gravitan en la vida privada de los componentes de esa colectividad o sociedad. Desde ese punto de vista surgen también cuestiones de masa, de liderazgo, o aspectos como el rol, el prestigio, las actitudes, las opiniones etc., son de gravitación los problemas de adaptación al medio social, los que en muchas ocasiones pasan a ser origen de conductas delictivas. Por su parte, La "**Psicología Criminal**", contribuye a la mejor solución de los problemas psicológicos que se plantean en la investigación de las "personalidades" criminales o de tendencia delictiva, profundizando desde luego en cierta temática que no abarcan exclusivamente los médicos no obstante la proximidad en que ellos científicamente puedan hallarse.⁷⁶

⁷⁵ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, editorial ediciones jurídicas, Argentina. p. 224

⁷⁶ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, editorial ediciones jurídicas, Argentina. p. 220

Las Relaciones de la Criminología con las otras ciencias, surge el aspecto sociológico como verdaderamente fundamental, pues el hombre forma parte necesaria de la sociedad y ésta es receptora natural de aquél en tanto es donde este vive, desarrolla su actividad, trabaja, se culturaliza, se reproduce, etc., vale decir que en ese medio adquiere influencias, formas de vida, conocimientos y al mismo tiempo se somete a "condicionamientos".⁷⁷

La importancia que tiene la Sociología en materia Criminológica, la cual es verdaderamente significativa y fácil de determinar, si se toma en cuenta que es la sociedad la que modela la vida del sujeto, por ser en ella donde el mismo realiza toda su actividad y donde se encuentra condicionado por "Usos", "costumbres", "hábitos" y "Normas".⁷⁸

- ***El crimen como fenómeno social***

Que el crimen sea un fenómeno social constituye una realidad innegable, pues si bien quien ejecuta el hecho es un ser humano, imposible resulta que el mismo, o cualquier delito tomando la expresión "crimen" con sentido genérico delictivo, acontezca en un ámbito puramente individual. Esto, nos lo demuestra la simple reflexión sobre la ejecución delictiva en sí, puesto que tal hecho sin duda se consuma en el ámbito familiar, grupal o social, precisamente, donde prevalecen los bienes jurídicos que son los bienes específicos de protección de las leyes penales.

Ciertamente hoy, sobretodo con el avance de la Criminología, no se puede dudar que el crimen o el delito en general sea un hecho humano dentro del marco social, motivo por el cual no puede desconocerse que sea verdaderamente un fenómeno sociohumano.

⁷⁷ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, editorial ediciones jurídicas, Argentina. p. 220

⁷⁸ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, editorial ediciones jurídicas, Argentina. p. 221

Por las consecuencias que produce en el ámbito propio de la sociedad, razón que presionara a través de los siglos para que se constituyeran los órganos de defensa o protección social interna que todos los países contienen en la actualidad.

Desde ese propio punto de vista, se advierte también una necesidad: el conocimiento de la Criminología a los efectos de realizar investigaciones respecto del campo delictivo, ya que es ésta la que específicamente llevará al hombre interesado a interpretar las causas reales de los delitos, puesto que en éstos se combinan factores o motivaciones de índole biopsicosocial.

Además el gran entorno tecnológico y de comunicación que nos rodea, a punto de estar en cualquier lugar del planeta más o menos controlado según el grado de tecnología que se maneje, aún con disponibilidad de medios modernos de alta capacidad que ofrecen la acumulación de datos e Informaciones que pueden ser conocidas en los mas lejanos lugares de aquel en que se originara, por ejemplo, la informática y otros medios: a través de "Internet", los "fax", etc., indiscutiblemente ha estrechado las relaciones sociales por una necesidad incluso de convivencia, porque se hace necesaria e imprescindible la vida en sociedad, que es la que nos permite el aprovechamiento de todos esos avances tecnológicos. Pero a la vez, esos beneficios generales de que se disfruta en una sociedad adelantada que cuente con todo lo que conforma el gran progreso humano, al integrar los medios de uso común, y aún siendo éstos de difícil adquisición o captación por parte de la generalidad poblacional, pasan a ser igualmente instrumentos o tecnología que el hombre a veces adopta también para la comisión de delitos, pues siempre aparecerá, tarde o temprano, quién le dé esa utilidad de carácter delictivo.⁷⁹

El delito es un hecho humano, pero su ejecución no sería factible como tal, es decir como delito, sino en la integración social que cada sujeto cuenta.

⁷⁹ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, Argentina. p. 221

Nada mas exacto que esto para determinar que el delito es un "fenómeno social", ejecutado por el mismo componente de la sociedad: "el hombre", manifestando su inadaptación la misma necesidad y desesperación que la misma sociedad le ha otorgado como el hambre, los vicios, el desempleo, protegerse del clima, etc.

Las "causas" como los "factores" del delito, provienen de diversos órdenes de cosas, objetivos, subjetivos, materiales, inmateriales, combinados o aislados, siendo a la vez, lo que hace de la "Criminología" una "ciencia interdisciplinar".⁸⁰

Tenemos ahí la persona en la sociedad, cómo el ser humano se integra al grupo social y cómo se configura en él a través de las "relaciones" inevitables, en una verdadera dinámica provocada por el mismo contexto social. Pero de igual modo captamos a ese sujeto, a ese hombre adaptando su ser a ese medio multitudinario en un mundo de contactos, de principios, de valores, de labores, de distribución de posibilidades, todas estas factibilidades atendibles según una selección que se concreta conforme las necesidades, los modos de vida, los intereses y la cultura de cada persona en un ambiente socioeconómico estructurado según el propio alcance de los subgrupos sociales dentro de la gran sociedad, ya con el uso del instrumento comunicativo de mayor significación que es el "lenguaje", lo que en la historia del hombre marcó rumbos a punto que Nicolai citando a Humbolt, sostuvo: "El hombre es hombre tan sólo por su lenguaje, pero, para inventar el lenguaje, debía ya ser hombre"⁸¹

La clasificación de **Benigno Di Tuuio**, quien distingue entre los delincuentes tipos específicos a partir del "Delincuente ocasional", siguiendo con los "Delincuentes Constitucionales", entre los cuales incluye los siguientes:

⁸⁰ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, Argentina. p. 232

⁸¹ Nicolai Georg F., "Los Fundamentos Reales de la Sociología". Ed. José M. Cajica JR. S.A., año 1962, pág. 209.

"Delincuente Constitucional Común", "Delincuente Constitucional con orientación Hipoevolutiva", "Delincuente Constitucional con orientación Neuropsicopática", "Delincuente Constitucional con orientación Psicopática", "Delinquentes con orientación mixta" y "Delinquentes enfermos de la mente". Sin duda, es una clasificación "Antropobiológica" que contempla únicamente al sujeto que delinque en tanto sufre alguna de las anormalidades biopsíquicas que pudieron haberlo llevado a delinquir.⁸²

Pero aparte de esta clasificación que de alguna manera pasa a ser una "tipología" de los individuos con probable inclinación al delito, expuso también un orden de "Causas Biosociológicas del Delito", poniendo su atención directamente en la "Etiología Criminal". Divide las causas de la siguiente manera:

- a) Predisponentes: específicos o genéricos;
- b) Preparatorios o Secundarios;
- c) Promotores u Ocasionales, cada uno de ellos comprenden:

a) Predisponentes. Por Herencia: El "geno" que es el que determina en el individuo el particular modo de reaccionar (con estímulo y ambiente ligados a las características biopsicológicas de la personalidad).

b) Preparatorias o Secundarias. Trata de condiciones biológicas y sociológicas que acentúan la predisposición al delito: Ej. Alcoholismo; intoxicaciones comunes: cocainismo; morfinismo, etc.; Procesos morbosos: tuberculosis, sífilis, tifus, malaria; Los traumas: Disfunción endocrina; emociones, pasiones.

- c) Promotores u Ocasionales:

⁸² Nicolai Georg F., "Los Fundamentos Reales de la Sociología". Ed. José M. Cajica JR. S.A., año 1962, pág. 244.

- 1) Llevados por circunstancias accidentales.
- 2) Por formas variadas de extravío: Condiciones higiénicas difíciles; hábitos dañosos; sugerencias malsanas.
- 3) Impulsado por estados emotivos y pasionales.⁸³

- **Causas individuales**

Entramos aquí al tratamiento de las causas en sí, comenzando con las "individuales", como por lógica misma se impone estudiar en primer término en razón de que ellas son las que dependen directamente del "sujeto", de su cultura, de sus falencias, de su formación, de su educación etc. En realidad pueden computarse en las causas individuales una gran cantidad de circunstancias que alteran generalmente la vida del hombre según sean aceptadas personalmente, ya que alguien de sano criterio, de razonamiento correcto y vida normal basada en convicciones de buen comportamiento, difícilmente incurrirá en actos de conducta desviada, pues sus conceptos o ideales de corrección lo apartarán del camino delictivo.⁸⁴

- **Causas y factores delictivos, causas sociales.**

Sociedad es la reunión de individuos que obran en conjunto, en vista del bien común; o bien, es la agrupación de seres humanos que actúan reciprocamente dentro de formaciones colectivas relativamente permanentes con el propósito de alcanzar fines determinados".⁸⁵

Tenemos ahí la persona en la sociedad, cómo el ser humano se integra al grupo social y cómo se configura en él a través de las "relaciones" inevitables, en una verdadera dinámica provocada por el mismo contexto social.

⁸³Ciafardo Roberto: "Criminología". BibUoteca Policial. año 1961, pág.28.

⁸⁴ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, argentina.

⁸⁵ POVIÑA Alfredo, "Cursos de Sociología". Tomo 1, 2ª ed., Ed. Alessandri, Córdoba año 1950, pág.282.

Pero de igual modo captamos a ese sujeto, a ese hombre adaptando su ser a ese medio multitudinario en un mundo de contactos, de principios, de valores, de labores, de distribución de posibilidades, todas estas factibilidades atendibles según una selección que se concreta conforme las necesidades, los modos de vida, los intereses y la cultura de cada persona en un ambiente socioeconómico estructurado según el propio alcance de los subgrupos sociales dentro de la gran sociedad, ya con el uso del instrumento comunicativo de mayor significación que es el "lenguaje", lo que en la historia del hombre marcó rumbos a punto que Nicolai citando a Humbolt, sostuvo: "El hombre es hombre tan sólo por su lenguaje, pero, para inventar el lenguaje, debía ya ser hombre"⁸⁶

Es evidente que toda sociedad en tanto "pueblo", como elemento constitutivo del Estado, no es otra que una "sociedad humana" que cuenta con "estratos" componentes de su "estructura". Así, desde tal realidad, resulta innegable que dicha constitución no es de efecto puramente sociológico, pues la misma estratifica a la vez la vida cultural y socioeconómica limitando aún las variables posibles en su contexto desde que en tal situación se ejercen funciones que mantienen firme dicha estructura.

- **Las clases sociales**

Resulta importante aquí establecer cuales son las características de las llamadas "Clases" en las Sociedades en que existieran, tanto por su naturaleza como por la diferencia de ellas con los estamentos de la "Estructura Social", considerada esta con sentido sociológico moderno.

Esa situación, de por sí basada incluso en el poder de mando y de disposición propio de la clase superior, a la que la inferior o inferiores debían no sólo el respeto común, ya que a más de ello le debían honores, obediencia y cuanto significara distinción por el sólo hecho de pertenecer al "status"

⁸⁶ NICOLAI Georg F., "Los Fundamentos Reales de la Sociología". Ed. José M. Cajica JR. S.A., Bs.As. año 1962, pág. 209.

distintivo, se mantuvo hasta que emergiera el sentido sociopolítico de la "democracia", que es la de considerar a los hombres sin distinción, titulares del derecho de vivir en "libertad" pero con las limitaciones propias de la convivencia, como ya lo explicitáramos.⁸⁷

- ***La estratificación social***

Deteniéndonos específicamente en este saliente aspecto de capital importancia en toda consideración de significado social, debemos introducir en su faceta esencial, tratando de calificar cada particularidad de las que contribuyen a su generación como a su existencia en el tiempo, tratando de determinar el sentido que debemos asignarle en nuestra materia es decir en la "Criminología" como eslabón del estudio de los factores delictivos.

En una primera aproximación, diremos que: "estratificación social" por sí se está refiriendo a la sistematización de los diversos "niveles o capas de una sociedad", que son precisamente los que constituyen los "estratos", tal como lo refiriéramos en el punto precedente, delimitándolo de la pura consideración del "status", pues aquella estimación histórica según ya lo comentáramos, fue vencida por una evaluación social concreta de acuerdo con la evolución que se producía a través de los siglos.⁸⁸

- ***La cultura social***

Se entiende por "cultura" la "herencia social", pero no una herencia semejante a la que se transmite como el "acervo hereditario civil", sino transferida por intermedio de una enseñanza.

- ***El factor económico en la sociedad.***

⁸⁷ Marías Julián, "La Estructura Social, teoría y método", "Sociedad de Estudios y Publicaciones", Madrid 1964. pág.296.

⁸⁸ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, Argentina pp 339

Consideramos también "factor criminógeno" cierta incidencia de lo "económico" en el medio social, en razón de ser éste en dicho ámbito un elemento de especial significación, a punto tal que en la realidad separara aún con efecto social a los integrantes de la gran sociedad estatal, constituyendo en la práctica las ya conocidas clases: "alta", "media" y "baja", no tan sólo por el "estatus" o posición social, sino también por el "nivel económico" de cada habitante.

El principal rasgo distintivo de la economía mexicana es la desigualdad: México encierra uno de los abismos mas grandes, mas obscenos de todas las naciones del planeta entre sus ciudadanos mas ricos y los mas desposeídos.

Dicha desigualdad se observa de manera constante en nuestras sociedades, la falta de acceso a la educación, de servicios públicos, vías y formas de comunicación, son factores que permiten percibir el nivel económico social.

- **Lo Rural y lo urbano. Comunidades: Características geográficas**

Posibilidades de convivencia en cada una de las especificaciones expuestas. Comenzaremos estos aspectos conforme el subtítulo con lo "Rural" y lo "Urbano", para tomar finalmente los accidentes naturales, los cuales vinculados con la sociedad o sociedades humanas, sin duda provocan una serie de situaciones que inciden en la vida, trabajo y obras del ser humano. No es lo mismo vivir en plena llanura que vivir en la costa de un mar o en una montaña, como no es igual la vida en una zona rural que en una Ciudad, máxime si se trata de una gran ciudad con muchos habitantes.⁸⁹

- **La drogadicción como factor delictivo**

⁸⁹ Scime, Francisco Salvador, Criminología, Causas y Cosas del Delito, Argentina pp 345

La Drogadicción, o sea el hábito a cierta droga, proviene de alguna manera desde la más remota antigüedad, con unas de las primeras expresiones de adicción que fuera las provenientes del "opio" y la "adormidera". Es interesante lo que recuerda Jean Louis Brau como parte de la "Odisea", cuando en un banquete los comensales habían caído en una profunda melancolía, y Helena ordena a sus criados que escancien en las copas el "nepente", "bebida que produce olvido del dolor y el infortunio"⁹⁰

- **Toxicidad alcohólica y el alcoholismo**

El alcohol es a la vez una droga, claro que con características muy propias y con el historial mas antiguo de todas las conocidas, esto a punto tal que el origen de su consumo se pierde en el tiempo, comenzando sin duda cuando apareciera la cerámica que abriera la posibilidad de la fermentación en las vasijas que con ella se fabricaban. Aparte, en la actualidad como en los años que nos precedieran, el "vino" como continente de alcohol, se halla en casi todas las mesas de los comensales hogareños o bien de los restaurantes o lugares de reuniones sociales, lo cual indica que su consumo moderado no lleva indefectiblemente a la adicción, por el contrario en las festividades cuando de mas categoría es el vino o la cerveza, mas los degustan no sólo los bebedores sino todos.

No obstante lo expuesto, resultan de grEin importancia los períodos que se individualizarán científicamente, precisamente por los efectos que pueden producirse en cada uno de ellos, o sean los estados de Excitación, Hipnótico, Narcótico y asfíctico. Veamos:

1" *Periodo:* que se establece con una ingestión de 0.10 a 1 gramo de alcohol por mil, pero que con menos de 0.50

⁹⁰ Brau Jean Louis, "Historia de las Drogas", Ed. Bruguera S.A., España 1974, pág. 11.

gramo, se pueden ya observar signos clínicos de intoxicación, en el que las pruebas visuales y auditivas ponen de manifiesto que los tiempos de reacción están alargados. Por tal razón este período es importante en los accidentes de tránsito.

2" Período: De 0.50 a 1.49 gramos por mil. Este período clínicamente se caracteriza por signos psíquicos y motores. El sujeto entra en estado "eufórico" con pérdida de inhibiciones. Se produce liberación de los centros subcorticales llevando al individuo a la "inestabilidad motriz", a la "heteroagresividad", a la "verborrea" o bien a la "pasividad motriz", "autoagresividad", "depresión y mutismo".

3" Período: De 1.50 a 2.49 gramos por mil. Es destacable aquí que con una cifra superior a 1.50 gramo la mayoría de los pacientes se hallan intoxicados. Hay en este período franco trastorno de la visión, falta de coordinación motor, "apraxia", "agrafía", "disartria" y "temblor". Intelectualmente también se producen trastornos, pues sobreviene "pérdida del juicio crítico" y serios problemas de conducta.

4° Período: Se lo determina en concentraciones superiores a 2.50 gramos por mil. Se observa en él importantes detalles: en tanto la alcoholemia aumenta la marcha o caminata se hace imposible y además se llega a la "disartria completa". Con 3 gramos de alcohol por mil, se presenta una sintomatología premonitoria del "coma alcohólico" con "sueño profundo", "bradipnea", "colapso periférico" y descenso de la temperatura corporal. Tales signos del

"coma alcohólico" son propios de la seria depresión del sistema nervioso central que conduce al colapso cardiovascular y respiratorio con arreflexia osteotendinosa. Las pupilas se hallan dilatadas, las facies congestionada y sudorosa, la piel rubicunda y el enfermo expele aliento alcohólico característico.⁹¹

- ***El sexo***

El problema del sexo reviste importancia en la criminalidad en razón de ciertas situaciones derivadas de lo que el mismo implica, máxime en cuanto considerado en sí, el sexo constituye en muchos casos el motivo propio de delitos. Es de tomar en cuenta en este tema, cuan significativo es el tratamiento específico de lo que él comprende, máxime siendo la conjunción hombre-mujer la creación de la naturaleza para la conservación de la especie humana.⁹²

4.4. Criterios ministeriales y Judiciales

Es menester señalar nuevamente que dentro de la Iniciativa de Decreto que reforma el artículo 76 Bis, las fracciones IV, IX, X y el segundo párrafo del artículo 303, adiciona fracción XI y un tercer párrafo al artículo 303 del Código Penal del Estado de Michoacán, la diputada María Macarena Chávez Flores, señalo:

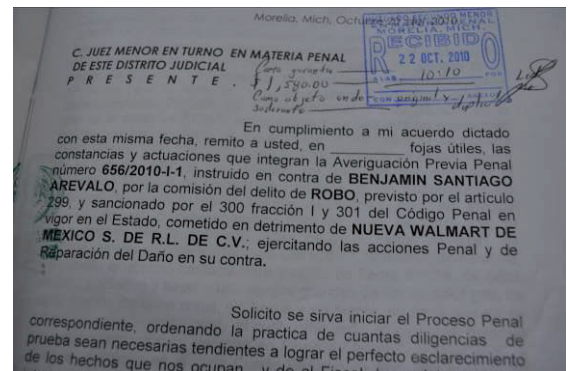
“Es entonces que someto a consideración la reforma del artículo 303 del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo, en específico su fracción IV, disposición que, por lo general, se actualiza al robo dentro de un centro comercial o tienda departamental; es decir, cuando un sujeto dispone de un bien ajeno sin autorización del dueño y que comúnmente no sobrepasa los

⁹¹ Scime, Francisco Salvador, *Criminología, Causas y Cosas del Delito*, Argentina pp 352.

⁹² Scime, Francisco Salvador, *Criminología, Causas y Cosas del Delito*, Argentina pp 340

100 salarios mínimos, y, en consecuencia, por ser ésta grave no tiene derecho a salir bajo fianza. Esta situación nos plantea una desproporción entre lo que se merma diario del erario público al mantener a un preso, en relación al monto robado por el presunto delincuente, siendo que, si redimensionamos este supuesto de la ley, podría ser igualmente procesado, pero en libertad.”

Sin embargo de una revisión realizada a diversos expedientes penales, que fueron consignados a Juzgados Menores, sobre el delito de robo, cometido en agravio de un establecimiento comercial, se obtiene que el Ministerio publico, siempre consignó este delito como robo simple, es decir el previsto por el numeral 299 y sancionado por el 300 fracción I, del código penal del Estado, tal y como se muestra en el acuerdo de consignación sobre la averiguación previa 656/2010-I-1, que como dicho acuerdo existen cientos en Juzgados Menores Penales.



Lo que resulta incongruente con lo manifestado por la diputada María Macarena Chávez Flores, quien estimó que por lo general, se actualiza al robo dentro de un centro comercial, en fracción IV.

Que dentro del libro de gobierno del año 2009 dos mil nueve, del Juzgado Segundo Menor Penal, se obtiene que del 5 cinco de mayo del 2009 dos mil nueve al 30 treinta de octubre del 2009 dos mil nueve, fueron consignados alrededor de 70 setenta procesos, sobre el delito de **robo simple**, cometido en agravio de un establecimiento comercial.

realizado una serie de reformas tendientes a clasificar determinados delitos como graves, eliminando con ello, la posibilidad de los procesados a obtener el beneficio de libertad bajo caución.

Insistiendo en que se abusa del recurso al incremento de las penas, a agravar las consecuencias jurídicas previstas para conductas que no se logra atajar, denotando un estado incapaz de sostener una armonía entre la conducta, la frustración que el hecho género y la respuesta del estado para combatirla, sin embargo, se construyen nuevos centros probadores de las necesidades urbanas, que colindan con zonas marginadas, la conglomeración de la ciudad crece desproporcionalmente, sin orden, dejando de lado la prevención, pues las diferencias y necesidades sociales, generan conflictos masivos, como lo es el presente contexto social tras la figura típica, fenómeno que no se estudia a fondo, no se le da importancia y desencadena una actuación que activa la maquinaria estatal tan costosa y oscura.

Que dicha desigualdad se observa de manera constante en nuestras sociedades, la falta de acceso a la educación, de servicios públicos, vías y formas de comunicación, son factores que permiten percibir nivel económico, la desigualdad que enfrentamos es avasallante, fraccionamientos y centros comerciales gigantescos, símbolo del monopolio económico Mexicano, colinda con conjuntos de cazas de madera sin acceso a servicios ni a agua potable, rodeado por un conglomerado de viviendas que créese sin inspección o limitación alguna,

Tal y como describió la exposición de motivos que género esta clasificación:

“El caso de Michoacán es un ejemplo de lo anterior, ya que, dentro de sus quince Centros Preventivos y nueve de Readaptación Social, cuenta con una población carcelaria de 8,649 internos (información obtenida del VI Informe

de Gobierno del Antropólogo Lázaro Cárdenas Batel, toda vez que a la fecha ninguna dependencia de Gobierno del Estado ha querido proporcionar tal información). Ahora bien, si tomamos en cuenta los datos que pública la primera edición del estudio Los Mitos de la prisión preventiva en México, realizado por la Iniciativa Pro- Justicia de la Sociedad Abierta, arroja que el costo diario de manutención por una persona encarcelada en México es de \$80.00 pesos, por lo que ve solo a alimentación y vestido, sin considerar salarios de personal administrativo y demás empleados de las prisiones, ni el mantenimiento de la infraestructura, datos que, contrastándolos con los referidos por el periódico El Universal, que en su edición de junio de 2006, manifiesta que se gastan entre \$10.00 y \$175.00 pesos diarios, la cifra aproximada que podemos obtener como media respecto al gasto, es la estimada en \$100.00 pesos diarios por reo. En consecuencia, en proporción a la cantidad de personas en reclusión que repito, es de 8,649 internos, sentenciados o no, en las cárceles de nuestra entidad, obtenemos un gasto aproximado de \$864,900.00 (ochocientos sesenta y cuatro mil novecientos pesos 00/100 M.N.), por día.”

Las leyes penales deben respetar el contenido de diversos principios constitucionales, sea por cuestiones de procedimiento, de mera legalidad o por inconstitucionalidad de leyes, tratados o reglamentos que se hayan aplicado, de conformidad con la Jurisprudencia, registrada bajo el numero 168878, que expresa:

“LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA.” El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, **para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo**; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos **principios constitucionales**, entre ellos los

de **proporcionalidad y razonabilidad jurídica**, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.⁹³

Lamentablemente los juzgadores siguen aplicando la ley al pie de la letra, sin importar la proporción y razonabilidad de los tipos penales.

La culpabilidad es el fundamento de la pena, y está es señalada a quien infringe el ordenamiento jurídico represivo, tomándose en cuenta no solamente la entidad del daño, sino también la peligrosidad del autor. Así pues, la pena es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable. Por tanto, es esencial al concepto de la pena, su adecuación al acto, esto es, la proporcionalidad entre la acción antijurídica, y el castigo que es impuesto como sanción.

Sin embargo para el juez representa un problema aplicar una pena adecuada, cuando las sanciones jurídicas establecidas en los códigos penales son desproporcionadas, en la inteligencia de que por medio de la supremacía constitucional, el control difuso y de convencionalidad, así como la aplicación de los principios penales, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a

⁹³ Jurisprudencia, perteneciente a la Novena Época, Registro: 168878, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P./J. 102/2008, Página: 599.

través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

Capítulo Quinto

Razonamientos jurídicos por los que se pide se reformen las calificativas de robo previstas en el artículo 303 del Código Penal del Estado.

5.1. Un código adjetivo acusatorio, con un código sustantivo inquisitivo.

Con la introducción del modelo acusatorio la mediación se impondría como principal forma para solucionar el problema, por lo que se propone:

- En primer termino se proponen las medidas alternativas para la solución de controversias, para solucionar el tema entre las partes y las autoridades con capacidad para conciliar, que proponga soluciones a las partes, con la finalidad de facilitar las vías de dialogo y búsqueda de un acuerdo común que beneficie a las partes y la sociedad.

Es imposible la erradicación total de tales conductas, pero ello no debe ser jamás un punto de partida de nuestro pensamiento para alejarnos de la necesidad verdadera y real, como lo sería una medida alternativa.

Que las penas sean moderadas y proporcionales a los delitos, que la pena privativa de libertad no se pronuncie ya si no contra los culpables de delitos que tutelen los más importantes bienes jurídicos como la vida y la libertad.

La introducción del nuevo sistema de justicia supone un cambio de paradigma al anterior sistema, un modelo garantista con mecanismos alternativos y la introducción de nuevos principios como los son la voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad, sin embargo, el hecho de que no se reforme la ley sustantiva generará un choque de sistemas un código penal absolutista e inquisitivo con delitos clasificados como graves, que para de la legislación adjetiva carecen de trascendencia social, debemos recordad que los delitos

bajo la denominación de calificación del delito se entienden aquellas situaciones que, previstas en la ley penal y conocidas por la doctrina bajo la denominación de "circunstancias calificativas" o "circunstancias agravantes", suponen un incremento de la punibilidad prevista por el legislador, generando, por lo mismo, nuevos tipos delictivos que resultan ser más agravados que los estimados básicos, sin embargo el nuevo código de procedimientos penales para el Estado, denomina que los delitos patrimoniales cometidos sin violencia y que la pena no rebase de los 5 años de prisión, no revela trascendencia social.

En la inteligencia que este delito trae consigo un detrimento patrimonial al afectado, por lo que se buscaría proteger la reparación del daño a lo largo de salidas alternas en el procedimiento penal acusatorio, criterio de oportunidad dependiendo del juez la suspensión provisional del procedimiento, o un juicio abreviado, tal y como lo estipuló el nuevo código de procedimientos penales para el estado de Michoacán de Ocampo, que el 21 de febrero de 2013 entrará en vigor el presente Decreto en la región Morelia, dentro de su capítulo segundo titulado **mecanismos alternativos de solución de controversias penales**, el que dispone:

CAPÍTULO SEGUNDO. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PENALES.

ARTÍCULO 103. Principios de los mecanismos alternativos de solución de controversias penales.

Los mecanismos alternativos se rigen por los siguientes principios: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

ARTÍCULO 104. Procedencia.

Proceden los mecanismos alternativos de solución de controversias:

- I. En delitos de acción privada; de querrela; delitos culposos; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; en los que admiten presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional; así como en aquellos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años y por las circunstancias concretas carezcan de trascendencia social;
- II. En los demás delitos cuyo término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no afecte el interés público, y víctima u ofendido e imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa; y,
- III. En los delitos con cuyo término medio aritmético sea superior a cinco años, los mecanismos alternativos de solución de controversias sólo serán considerados para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la disminución de la pena, o la ejecución de la sanción.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias podrán referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; la rehabilitación de derechos o pedimento de disculpas o perdón.

Cuando el Estado sea víctima u ofendido, será representado por el Ministerio Público.

Podemos apreciar que dentro de la fracción primera del numeral 104 del nuevo código sustantivo referido Proceden los mecanismos alternativos de solución de controversias, en delitos de acción privada, en particular los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, tal como es el cometido contra establecimientos comerciales.

Es importante señalar que dentro de segunda fracción señala que procederá un mecanismo alternativo para delitos cuyo término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no afecte el interés público, y víctima u ofendido e imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa, dicha fracción refiere a delitos de baja peligrosidad, pero el robo cometido contra establecimientos comerciales puede ser condenado hasta por 10 diez años de prisión, lo que de nuevo revela la incongruencia con la que el código sustantivo, sin embargo el consejo de implementación para el sistema acusatorio sin duda alguna pensó en el problema de las bagatelas, relacionado con la acción privada.

También es importante señalar que el nuevo código de procedimientos para la entidad, dispone que los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura a juicio oral, que los efectos de los mecanismos alternativos, serán:

Artículo 109. Si las partes llegan a acuerdo, se elaborará convenio por escrito, en el que se establezcan las obligaciones que se contraen, dentro de las que necesariamente debe estar la reparación del daño. El convenio deberá ser aprobado por el Área Especializada en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

El cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal.

Si el imputado incumple las obligaciones pactadas dentro del término que fijan las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de un año contado a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo ante el área especializada en mecanismos alternativos de solución de controversias, se podrá presentar la denuncia o querrela o continuar con el procedimiento.

El convenio entre la víctima u ofendido y el imputado, obtenido a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias, tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción para la reparación del daño derivada del delito, salvo en el caso de incumplimiento de la reparación en que sí se podrá ejercer la acción.

El especialista en mecanismos alternativos de solución de controversias, en su caso, hará del conocimiento al Ministerio Público o al juez de control de garantías, el resultado restaurativo y remitirá el convenio correspondiente para que determine sus efectos jurídicos.

En el mismo orden de ideas el numeral artículo 111, de la legislación referida dispone:

El uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias suspende el proceso y la prescripción de la acción penal. En este caso la suspensión no podrá durar más de treinta días naturales. Si a criterio del juez de control de garantías existen actuaciones urgentes o inaplazables, éstas se realizarán siempre que no impliquen un acto de molestia que sea relevante para el imputado.

El acuerdo contendrá:

- I. El lugar y la fecha de su celebración;
- II. El nombre y datos personales esenciales para la identificación de las partes. En caso de representación legal, se hará constar la documentación con que se haya acreditado. Cuando lo soliciten los interesados, también se asentarán los nombres de las personas de su confianza que acompañaron o de sus defensores;
- III. Una breve reseña del conflicto que motivó el trámite de los mecanismos alternativos;

- IV. Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieran acordado las partes, así como la forma y tiempo en que deban cumplirse;
- V. La firma o huellas dactilares de quienes lo suscriban y, en su caso, el nombre de la persona o personas que hayan firmado a petición o a ruego de una o ambas partes, cuando éstas no sepan firmar;
- VI. Cuando así lo soliciten las partes, la firma o huella dactilar de las personas de confianza que las hayan acompañado;
- VII. La firma del personal que haya intervenido en el trámite y el sello de la dependencia; y,
- VIII. El señalamiento expreso de los efectos del incumplimiento.

En la conciliación y la negociación las partes deberán garantizar el cumplimiento, mediante cualquiera de las formas establecidas por la legislación aplicable.

Se entregará un ejemplar del acuerdo a cada una de las partes intervinientes, conservándose uno en los archivos que corresponda.

Los acuerdos concluirán según lo estipulado por el artículo 115 de la ley referida que dispone: El trámite de los mecanismos alternativos en el área especializada concluirá:

- I. Por convenio en donde se resuelva total o parcialmente el conflicto;
- II. En caso de que alguna de las partes realice un comportamiento irrespetuoso o agresivo y no pueda superarse esa situación;
- III. Por decisión de las partes;
- IV. Por inasistencia injustificada de ambas partes a alguna sesión, o por dos inasistencias injustificadas de una de las partes;

- V. Por la negativa de las partes para la suscripción del acuerdo en los términos del presente código; y,
- VI. Por resolución del titular del Área Especializada en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, cuando de la conducta de las partes se desprenda que no hay voluntad para llegar a un arreglo.

Si las partes no llegaren a un acuerdo, el asunto se canalizará ante la unidad de investigación correspondiente.

Mientras el numeral 116, de la norma referida dispone que las partes en los mecanismos alternativos son la víctima u ofendido, o el ofendido, y el imputado. Cuando los ofendidos sean personas morales, comparecerán a través de su legítimo representante.

Tratándose de menores, estos deberán ser representados por quien ejerce la patria potestad, tutor, curador o, en su defecto, un representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.

Por su parte los numerales 117 y 118 contemplan los derechos y obligaciones de las partes:

Artículo 117. Derechos de las partes.

Las partes tendrán los derechos siguientes:

- I. Solicitar los mecanismos alternativos en los términos de esta ley, su reglamento y demás leyes aplicables;
- II. Ser atendidos por el personal especializado designado para intervenir en el trámite;
- III. Solicitar la sustitución del personal especializado cuando exista causa justificada para ello, o bien, recusarlo;

- IV. De ser procedente, solicitar la intervención de auxiliares; y,
- V. Las demás que establezca esta ley.

Artículo 118. Obligaciones de las partes.

Son obligaciones de las partes:

- I. Conducirse con respeto y observar buen comportamiento durante el trámite de los mecanismos alternativos;
- II. Cumplir con las obligaciones de dar, hacer o no hacer establecidas en el convenio; y,
- III. Las demás que establezca esta ley.

Para mediar este delito dentro del nuevo sistema no es necesario que el delito sea perseguible por querrela y tampoco importa su calificación ni la gravedad desproporcionada, por la que es sancionado, sin embargo los siguientes criterios federales y del Estado de México refieren la necesidad de que el delito sea perseguible por querrela.

Ello es así, pues que dentro de la etapa indagatoria el Ministerio Público tendría el deber de conciliar, porque dicha autoridad responsable verificaría el presupuesto aludido, pues el no verificar dicha audiencia de conciliación trae consigo la violación a las garantías previstas en las fracciones V y IX del apartado A del artículo 20 constitucional, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, en relación al artículo segundo transitorio de dicha reforma, en tanto no permitió, por un lado, al indiciado ejercer a plenitud su derecho de defensa, y por otro, al ofendido disfrutar de sus garantías establecidas en las fracciones I y II del citado precepto constitucional.

En principio, habrá que señalarse que el análisis se realiza atendiendo al principio de mayor beneficio a favor del indiciado, en razón de que los efectos que podrían producirse pueden representarle una mejor posición frente al proceso penal que se le instruye.

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESIÓN DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIÉNDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.” De acuerdo con la técnica para resolver los juicios de amparo directo del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, con independencia de la materia de que se trate, el estudio de los conceptos de violación que determinen su concesión debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso, inclusive los que se refieren a constitucionalidad de leyes. Por tanto, deberá quedar al prudente arbitrio del órgano de control constitucional determinar la preeminencia en el estudio de los conceptos de violación, atendiendo a la consecuencia que para el quejoso tuviera el que se declararan fundados. Con lo anterior se pretende privilegiar el derecho contenido en el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en garantizar a los ciudadanos el acceso real, completo y efectivo a la administración de justicia, esto es, que en los diversos asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de amparo se diluciden de manera preferente aquellas cuestiones que originen un mayor beneficio jurídico para el gobernado, afectado con un acto de autoridad que al final deberá ser declarado inconstitucional.⁹⁴

⁹⁴ Es aplicable por analogía, la jurisprudencia con número de registro: 179,367 Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Febrero de 2005, Tesis: P./J. 3/2005, Página: 5, del semanario Judicial de la Federación y su gaceta, de rubro y texto siguientes:

“PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO EN MATERIA PENAL. ORDEN EN QUE SE DEBEN ESTUDIAR LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN RAZÓN DE LOS EFECTOS EN QUE SE TRADUZCA LA CONCESIÓN DEL AMPARO.” De conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley de Amparo, el objeto de la protección constitucional es el restituir al quejoso en el goce de la garantía violada; ahora bien, los efectos en que se traduzca la concesión del amparo variarán de acuerdo con la naturaleza del acto que dio origen al juicio, es decir, si es positivo o negativo. En el primer supuesto, se ordenará que las cosas regresen al estado que guardaban antes de la violación, restituyendo al gobernado en el goce de la garantía individual violada; mientras que en el segundo, la sentencia concesoria del amparo tendrá como consecuencia obligar a la autoridad responsable a realizar la conducta omitida, esto es, cumplir con sus funciones y atribuciones legales que está obligada a ejercer. Ahora bien, tratándose de actos positivos, la consecuencia de la concesión del amparo al quejoso será diversa dependiendo de la naturaleza de la violación que se acredite; es decir, sea por cuestiones de procedimiento, de mera legalidad o por inconstitucionalidad de leyes, tratados o reglamentos que se hayan aplicado al quejoso. En efecto, si del estudio realizado en la ejecutoria de amparo directo, resulta que el Tribunal Colegiado de Circuito llega al conocimiento de que resulta fundado el concepto de violación expresado por el quejoso, relativo a que en el juicio seguido en su contra se violentaron las normas que rigen el procedimiento o si dicha cuestión es hecha valer en suplencia de la queja deficiente, en las materias que así se autoriza, la concesión del amparo será para el efecto de que la autoridad responsable ordenadora deje insubsistente el acto reclamado y dicte otra resolución en la que se ordene reponer el procedimiento hasta el momento en que ocurrió la violación acreditada; hecho lo anterior, deberá continuar con el procedimiento respectivo hasta su conclusión, con el dictado de otra sentencia definitiva con plenitud de jurisdicción, en la que se resuelva el hecho o acto sometido a su conocimiento. A diferencia del caso anterior, el amparo que se concede por violaciones de legalidad cometidas en la sentencia, vincula a la responsable a

dejar insubsistente la sentencia reclamada y a emitir otra en el sentido que proceda en la que purgue los vicios determinados por el órgano de control de constitucionalidad. Sus alcances reparadores pueden ser totales o parciales, en función de los conceptos de violación hechos valer. Finalmente, en un juicio de amparo directo se concede la protección constitucional al quejoso, al resultar fundado el concepto de violación que expresó respecto de la inconstitucionalidad de una ley, tratado o reglamento que se aplicó en el juicio seguido en su contra, o habiéndose hecho valer dicha cuestión de oficio, si así procediere, la consecuencia será que se le otorgue la protección constitucional de manera lisa y llana, únicamente respecto del acto de aplicación, por lo que la autoridad responsable para dar cumplimiento a esa sentencia de amparo, deberá dejar insubsistente la resolución reclamada, debiendo emitir un nuevo acto de autoridad, pero en el cual la ley, tratado o reglamento considerados inconstitucionales, no podrán volver a ser aplicados para fundamentarlo. Sin que sea obstáculo lo anterior, para que en un acto futuro derivado de hechos diversos, esté en posibilidad de aplicar nuevamente al quejoso el mismo precepto cuya inconstitucionalidad produjo la concesión a su favor anteriormente en la vía directa; ello, en virtud de que la consecuencia de dicha sentencia de amparo se constrañe a dejar sin efectos el acto reclamado y no a declarar la constitucionalidad de la ley. En este contexto, resulta claro que la concesión del amparo en la vía directa que otorga mayores beneficios jurídicos para el quejoso, será aquel en el que la consecuencia de tal concesión sea el eliminar en su totalidad los efectos del acto reclamado, ya que en virtud de lo anterior, se estará observando en su integridad la garantía de acceso efectivo a la justicia, y en particular, el principio de completitud que encierra la misma, conforme el cual las autoridades tienen la obligación de impartir justicia de forma completa, esto es, no sólo resolviendo todas las cuestiones ante ellas planteadas, sino atendiendo a aquellas que se traducen en un mayor espectro de protección para los quejosos.⁹⁵

⁹⁵ Igualmente se cita la tesis de jurisprudencia número 1ª. XC/2007, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 368, Tomo XXV, abril de 2007, novena época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto siguiente:

Respecto al vicio de legalidad consistente en no verificar la audiencia de conciliación durante la integración de la averiguación, existe precedente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el artículo 155 del código de Procedimientos Penales del Estado de México, quien al resolver la contradicción de tesis 161/2009, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero, Segundo y cuarto, todos en Materia penal del Segundo Circuito y que diera origen a la tesis de jurisprudencia “AUDIENCIA DE CONCILIACION EN LA AVERIGUACION PREVIA. LA OMISION DEL MINISTERIO PUBLICO DE CITAR A LAS PARTES A ELLA O DE CELEBRARLA, NO CONSTITUYE UNA VIOLACION CONSUMADA IRREPARABLEMENTE PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO)”, sostuvo el criterio de que constituye una violación procesal que impide al ministerio Publico el ejercicio de la acción penal.

Dicho criterio se sustenta en los siguientes argumentos:

La audiencia de conciliación.

Ahora bien, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establece en su artículo 155 lo siguiente:

Artículo 155. Inmediatamente que el Ministerio Publico tenga conocimiento de un delito perseguible por querrela, bajo su más estricta responsabilidad, deberá citar a una audiencia de conciliación dentro de los cinco días hábiles siguientes a la formulación de la querrela que hará constar en acta circunstanciada y girara citatorio a los involucrados para una audiencia de conciliación. En la audiencia mencionada en el párrafo anterior, el Ministerio Publico se sujetara a las siguientes reglas: 1. Preguntara a las partes si es voluntad someterse a la conciliación en cuyo caso, orientara su intervención a averirlas. 2. Explicara e informara los principios, medios y fines de la

conciliación para lograr la solución de conflictos. 3. Brindara la atención a las víctimas u ofendidos cuando así procediere aplicando los programas para el equilibrio mental y emocional a través del instituto de Atención a víctimas del delito de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México quien otorgara la terapia psicológica. 4. Privilegiara que la reparación del daño se realice o quede a entera satisfacción del querellante. 5. La conciliación se hará constar en el Acta circunstanciada, registrada en el libro de improcedentes, en la que se establecerá puntualmente la forma en la que se dio cumplimiento a lo señalado en los numerales 3 y 4. 6. El ministerio Público entregara copias certificadas de la conciliación a los interesados y se archivara como asunto concluido, con la determinación correspondiente. El tramite de mediación o conciliación del Ministerio Publico concluirá: a) Por acuerdo entre los interesados; b) Por decisión de los interesados o del querellante; c) Por inasistencia de los interesados sin motivo justificado a la diligencia Ministerial de conciliación; d) Por negativa de los interesados a suscribir el acuerdo final de conciliación. En caso de no obtener conciliación entre los interesados, el Ministerio Publico procederá a la Averiguación Previa y la consecuente investigación del delito hará su determinación final, registrándola en el libro de gobierno respectivo, sin perjuicio de que en cualquier momento anterior a la determinación, las partes se pueden conciliar. La inobservancia de lo dispuesto en el párrafo anterior, hará incurrir en responsabilidad al Ministerio Publico”.

De la interpretación del artículo transcrito anteriormente se desprende que dentro de la averiguación previa para delitos perseguibles por querrela, el Ministerio Publico (que interviene como un tercero conciliador) deberá citar a las partes a una audiencia en la cual les orientara para que lleguen a una conciliación que, en caso de ser satisfactoria, tendrá como efecto el archivo del asunto como concluido. La inobservancia de lo anterior tiene como consecuencia que el Ministerio Publico incurra en responsabilidad.

Ahora bien, la norma en estudio dispone que es deber del Ministerio Publico citar a las partes a una audiencia de conciliación para así averirlas. Por ende, es un derecho de las partes el ser citado a dicha diligencia y que esta se lleve a cabo como una alternativa extrajudicial para la solución del conflicto.

De lo anterior es posible concluir que el propósito de procurar el equilibrio de los derechos que asisten tanto al indiciado como a la víctima, surge la conciliación como una figura que tiene como propósito evitar un proceso penal.

Sin que pase desapercibido el hecho de que dentro de la averiguación previa, para los delitos perseguibles por querrela, exista la posibilidad de que en cualquier momento las partes puedan conciliar y llegar a un acuerdo, o bien se otorgue el perdón del ofendido, pues en ambos casos, se tendría como consecuencia el archivo del asunto como concluido, pues ya no existirá la posibilidad de formular una acción penal.

III. criterio que debe prevalecer.

... expuesto lo anterior, es procedente analizar si en la averiguación previa, la omisión de celebrar la audiencia de conciliación para los delitos perseguidos por querrela, prevista en el artículo 155 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, es una violación irreparablemente consumada.

El artículo 155 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, se desdobra en la forma siguiente:

1.- Contiene un mandato hacia el Ministerio Publico, de realización inmediata, cuando tenga conocimiento de la comisión de un delito perseguible

por querrela, puesto que deberá citar a una audiencia de conciliación dentro de los cinco días hábiles siguientes a la formulación de la querrela.

La audiencia de conciliación referida, es de suma importancia, porque se lleva a cabo después de presentadas las querellas, antes de que se inicie la averiguación previa, la investigación del delito y de que se emita la determinación final; además, en razón de que establece responsabilidades para el Ministerio Público.

1.- Por no estar en presencia de una facultad potestativa, sino de un deber, viene a constituirse como un requisito previo a la averiguación previa, a la investigación del delito y al ejercicio de la acción penal, que es una de las determinaciones con las que puede culminar dicha etapa procedimental.

2.- Asimismo, se constituye en un derecho para el imputado y para la víctima o el ofendido, porque por medio de la conciliación se permite que resuelvan los problemas generados por el despliegue de la conducta delictiva.

En términos de la forma en que esta diseñada la norma objeto de análisis, permite afirmar que la celebración de la audiencia de conciliación, independientemente de que se obtenga o no la conciliación y de que las partes puedan conciliar antes de la determinación respectiva, es un presupuesto insalvable para que el Ministerio Público este en condiciones de ejercer acción penal.

La intención del legislador fue que en tratándose de los delitos perseguibles por querrela, no todos los asuntos trascendieran a las vías jurisdiccionales ya que en muchas ocasiones es más importante resarcir inmediatamente el daño causado por la conducta delictiva y resulta mas beneficio para el imputado no estar sujeto a un proceso.

No debe pasar inadvertido, que si al imputado no se le brinda la oportunidad de solucionar el litigio sin necesidad de someterse a un desgastante proceso penal, se le causa un perjuicio jurídico, pues el ya sea a raíz de una orden de aprehensión o de un auto de procesamiento afecta su libertad personal.

La falta de dicho presupuesto, en el caso, genera que la actuación del Ministerio Público y de los órganos jurisdiccionales apoyados en la determinación del ejercicio de la acción penal, contenga un vicio de legalidad, en la integración de la averiguación previa.

La no celebración de la audiencia de conciliación implica violación al mencionado precepto constitucional, en razón de que permite al imputado ejercer a plenitud su derecho de defensa, motivo por el cual no puede actualizarse un cambio de situación jurídica.

Así es, la falta de celebración de la audiencia de conciliación no permite al imputado aportar pruebas, exponer la argumentación sistemática del derecho, aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para su defensa, para solucionar el litigio desde la averiguación previa, cuando es un derecho que pueda ejercer desde dicho momento procedimental, para no ser sometido a un proceso penal.

En estas condiciones, la circunstancia de que la omisión del Ministerio Público agotara los medios de apremio que señala la ley a fin de lograr la comparecencia de las partes a la audiencia de conciliación, se traduce en un requisito o presupuesto indispensable para que se ponga en marcha toda la maquinaria de procuración y administración de justicia.

De la interpretación que hizo dicho órgano colegiado del referido artículo 155, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, se desprenden los siguientes puntos:

Dentro de la averiguación previa para delitos perseguibles por querrela, el Ministerio Público (que interviene como un tercero conciliador), deberá agotar los medios de apremio para citar a las partes a la audiencia, en la cual les orientara para que lleguen a una conciliación que en caso de ser satisfactoria, tendrá como efecto el archivo del asunto como concluido; y que la inobservancia de lo anterior tiene como consecuencia que el Ministerio Público incurra en responsabilidad.

Con el propósito de procurar el equilibrio de los derechos que asisten tanto al indiciado como a la víctima, surge la conciliación como una figura que tiene como propósito evitar un proceso penal, y que constituye una alternativa extrajudicial para la solución del conflicto.

La omisión del Ministerio público de agotar las medidas de apremio que marca la Ley a fin de que las partes comparecieran a la celebración de la audiencia de conciliación, se traduce en una violación constitucional, que trasciende al derecho del indiciado de ofrecer pruebas, en los términos, con los requisitos y límites que las leyes establezcan y ejercer su derecho de defensa, como lo ordena el artículo 20 apartado A, fracciones V y IX, de la Constitución Federal, y la oportunidad de evitar una posible consignación ante los tribunales.

Dicha violación no se considera irreparablemente consumada ya que no se actualiza un cambio de situación jurídica por las siguientes razones:

- Que la audiencia de conciliación se lleva a cabo antes de que inicie la averiguación previa, la investigación del delito y de que se emita la determinación final;

- Que por ser un deber, viene a constituirse como un requisito previo a la averiguación previa, a la investigación del delito y al ejercicio de la acción penal, y por tanto un derecho para el imputado y para la víctima o el ofendido.

- Porque si al imputado no se brinda la oportunidad de solucionar el litigio sin necesidad de someterse a un desgastante proceso penal, se le causa un perjuicio jurídico, pues el simple hecho de estar sujeto a la potestad de un órgano jurisdiccional, ya sea a raíz de una orden de aprehensión o de un auto de procedimiento, afecta su libertad personal.

- Que la falta de dicho presupuesto trae consigo violación de las garantías previstas en las fracciones V y IX, apartado A, del artículo 20 constitucional, no obstante que la violación hubiere ocurrido durante la averiguación previa.

Es así, pues aun cuando el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán, no dispone la formalidad del procedimiento al que debe ajustarse el Ministerio Público al promover la conciliación, cuestión que si se contiene en el artículo 155 del Código de Procedimientos penales del Estado de México, si prevé la institución de la conciliación como medio de solución de conflictos generados entre el indiciado y el ofendido dentro de la fase de la averiguación previa por el despliegue de la conducta delictiva, así como la obligación del Ministerio Público de promoverla como un presupuesto necesario dentro de la averiguación previa penal y por tanto previo al ejercicio de la acción penal.

Así se advierte del conocimiento del artículo 7º, fracción I, inciso i) del código de procedimientos penales del Estado, que señal

“Artículo 7. Facultades del Ministerio Público. Compete al Ministerio Público llevar a cabo la averiguación previa penal y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

1.- En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público.(...)

i. En caso procedente promover la conciliación de las partes(...).”

Facultad que, acorde a su interpretación gramatical es vinculatoria al representante social, limitada únicamente al supuesto de procedencia que señala el artículo 7º, fracción I, inciso J), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del estado, referente a que se trate de delitos perseguibles por querrela necesaria.

Es así pues de su texto únicamente se desprende la intención del legislador de fijar la proporción de competencia que corresponde a dicho órgano de representación social en la investigación y persecución de los delitos, específicamente en la fase de la averiguación previa, promover la conciliación de las partes en los casos procedentes, lo que significa que a el solo corresponde iniciar o impulsar la institución de la conciliación con el fin de alcanzar el objetivo perseguido por el Estado que las partes involucradas solucionen por esa vía el conflicto sometido a investigación.

Corroborar lo anterior, porque de ninguna parte de dicha disposición se advierte que el legislador haya consignado dicha facultad como discrecional del representante social, de ahí su obligatoriedad.

Los supuestos de procedencia de la conciliación se establecen en el artículo 7º fracción I, inciso j), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Michoacán, de texto literal siguiente.

“Artículo 7. En la investigación y persecución de los delitos le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de las atribuciones siguientes:

- I. Durante la averiguación previa:(...)
- j. Procurar la conciliación de las partes en delitos perseguibles por querrela necesaria.(...)”.

Presupuestos que al verse colmados tararían consigo un acuerdo preparatorio que suspendería el procedimiento de manera provisional y derivado del cumplimiento de este ultimo la extinción de la acción penal.

- Distinguir entre delitos y faltas (delitos bagatela con faltas, multa leve o arresto)

Si bien es cierto que los grandes centros comerciales se ven afectadas ante el Robo, y los legisladores aumentan las penas para solucionar el problema, lo que no soluciona el problema, generando una serie de cuestionamientos ¿como y cuándo castigar?.

Al respecto el artículo 18 constitucional nos dice que solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva, y que el sistema penitenciario se organizara sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para el prevé la ley, en la inteligencia que dentro de los beneficios se encuentran las formas alternativas de justicia, consecuencia de la reforma en materia penal, cuya finalidad primordial es la reinserción o reintegración social.

Sin embargo la definición del concepto de delito hace referencia también a elementos extra-jurídicos de tipo moral, social, natural y en cualquier caso ontológico.⁹⁶

⁹⁶ Luigi Ferrajoli, Criminología, Derecho y Razón, teoría del galantismo penal, Editorial Trotta, Madrid España pp 370.

Clasificar en *delitos y faltas*, es decir *conductas criminales*, u otros tipos de ilícitos penales únicamente en razón del tipo de pena (reclusión o arresto, multa de cuantía mayor o menor) establecida para ellos por la ley y que la pena deberá ser proporcional a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración o reinserción social y familiar de la persona, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades, sujetos a rehabilitación y asistencia social.

Esta distinción permite separar hechos que ante la sociedad son apreciados con muy diferente criterio, sino que se proyecta sobre numerosas disposiciones legales que necesitan una pauta precisa para discriminar entre hechos delictivos de diferente gravedad, las faltas no son otra cosa que hechos punibles muy leves y que no presentan diferencia con los delitos”.

Conclusiones

Única. Las actuales reformas constitucionales generaran un cambio de paradigma no solo en las instituciones actuales y en las personas implicadas en la seguridad publica, impartición de justicia, sistema penitenciario o derechos humanos, si no que requiere generar un cambio social, una nueva cultura de legalidad y solo así podrá lograr una nueva policía, nuevos jueces, instituciones civiles de control, pero como lograr dicho cambio social, se requiere un cambio de mentalidad que solo será posible mediante una inversión en el desarrollo humano, tanto para los controladores del sistema de seguridad, como para la población en general, que invierta en promover la paz, prosperidad y justicia en las sociedades mexicanas, una nueva educación.

El principio de supremacía constitucional nos otorga las herramientas necesarias para realizar un cambio radical e instantáneo, pues la expresión norma y principio no son sinónimas, desde el plano gramatical principio es el punto de partida, constructor, originados, la vinculación entre estos, en el plano doctrinal como principios generadores de ley.

Las reformas realizadas a los supuestos del delito de Robo, en que se considera calificado, son un reflejo de la violación al artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan “crean” y limitan “determinan”, emergente como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que

la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho, y no aumentar la pena hasta 10 DIEZ AÑOS.

Afectando la esfera jurídica de personas que están detenidas, procesadas y sentenciadas, pasaran a ser delincuentes, mezclados entre la población carcelaria del Estado, que por la falta de educación, preparación, recursos económicos, e ingenuidad de sus actos, son víctimas de un sistema de leyes absolutistas, una respuesta del estado viciada por la mecánica administrativa “burócrata”, y una desigualdad en los criterios de los apacadores del sistema para aplicar las normas penales, aunque en realidad ningún bien jurídico se vio afectado, pues la magnitud del daño causado no se estima de gran significación porque los bienes muebles materia del robo son generalmente recuperados y no se compara al desgaste económico que invierte el estado para enfrentar este fenómeno social, que de ningún punto de vista es proporcional al hecho debatido.

Dichas bagatelas cuestan al estado millones de pesos por concepto de gastos procesales, el principio de la proporcionalidad de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para no convertirse en sí mismas injustas y arbitrarias, mediante las cuales el Estado que impone penas sólo demuestra ser el más fuerte.

Propuesta

Única. Limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de las sanciones penales, dejar de calificar conductas que no deberían serlo, por lo que se propone:

1. Se modifique el artículo 76 BIS, del Código Penal del Estado, para quedar como sigue:

ARTÍCULO 76 BIS. La libertad condicional no se concederá a los sentenciados por los delitos de:...; **robo perpetrado con las calificativas contenidas en el artículo 303 fracciones I, IV, V, VII, VIII, y X en relación a la modalidad establecida en el segundo párrafo...**

2. Se derogue la fracción XI del artículo 303 del Código Penal del Estado de Michoacán, para quedar como sigue:

ARTÍCULO 303. Se considera calificado el delito de robo cuando:

XI. Derogado;

3. Se modifiquen el párrafo segundo del 303 del Código Penal del Estado de Michoacán, para decir:

En los casos previstos en las fracciones I, IV, VII, VIII y X de este artículo, la sanción aplicable al robo simple se aumentará hasta diez años de prisión y multa de cien a mil días de salario mínimo general vigente. En los demás casos de este artículo las sanciones correspondientes al robo simple se aumentarán con prisión hasta de cinco años y multa de diez a cien días de salario.

4. Y se derogue el párrafo tercero, que dice:

En caso de la fracción XI de este artículo, se considerará grave cuando el monto de lo robado excede de lo dispuesto en la fracción II del artículo 300 de esta Ley.

5. Por ultimo se reforme el párrafo segundo de la fracción III del artículo 493 del Código de Procedimientos, para quedar:

ARTÍCULO 493. ...

III. ...

No procede conceder la libertad provisional bajo caución en los delitos graves previstos en los siguientes artículos del Código Penal...; **robo perpetrado con las calificativas contenidas en el artículo 303 fracciones I, IV, V, VII, VIII, y X en relación a la modalidad establecida en el segundo párrafo.**

Que se derogue el supuesto que considera calificado el delito de robo cuando se cometa en un lugar cerrado teniendo o no acceso al público en edificio o establecimiento comercial o de servicios, pues el delito de robo cometido dentro de un establecimiento comercial se colma cuando el robo se verifica en un local comercial o de servicios, precisamente por estar abierto al público, porque esa circunstancia muestra que el delincuente tenía libre acceso a ese sitio, conducta que encuadra en la calificativa de que se trata; luego, la circunstancia de que donde se verifique el robo sea un local comercial o de servicios y en el momento en el que se cometió tenía o no acceso al público, es decir, se tenga o no el libre acceso al mismo, no debe considerarse como robo calificado, si no como un robo simple, y en consecuencia lograr mayores beneficios para los inculpados y acceso a las salidas alternativas del nuevo sistema penal pues el nuevo código de procedimientos penales del estado de Michoacán, dentro del **capítulo segundo, contempla los mecanismos alternativos de solución de controversias penales y dentro del numeral 104, estipula la procedencia para dichos mecanismos y para lo que nos interesa dentro de su fracción IV, reza “*En delitos de acción privada; de querrela; delitos culposos; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; en los que admiten***

presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional; así como en aquellos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años y por las circunstancias concretas carezcan de trascendencia social”, por lo que del presente trabajo se desprende que el robo cometido dentro de establecimientos comerciales o de servicios, se cometen sin violencia, sin embargo la pena máxima excede de 5 cinco años de prisión, por lo que no procedería un mecanismo alternativo, empero, derogando la fracción XI, del artículo 303, modificando el párrafo segundo y derogando el párrafo tercero del Código Penal del Estado, procedería un mecanismo alternativo generando una justicia mas efectiva y eficaz.

Fuentes de información.

Bibliografía.

1. Abrahamsen, David: *Delito y psique*, Mexico : Fondo de Cultura Económico, 1946.
2. Aristóteles, *metafísica*, edición trilingüe de Gredos, Libro V, Madrid 1013a-1015b,
3. Arroyo Zapatero Luis y Berdugo Gomez De La Torre Ignacio (Dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*, Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.
4. Brau Jean Louis, "Historia de las Drogas", Ed. Bruquera S.A., España 1974, pág. 11.
5. Cáceres Nieto Enrique, *Lenguaje y derecho. las normas jurídicas como sistema de enunciados*, cámara de diputados, LVIII Legislatura Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
6. Carbonell Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización*, 164ª. Edición, editorial porrúa, 2011.
7. Carbonell Mateu Juan Carlos, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, *reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001
8. Callies, **Rolf-Peter**, *Sobre la norma penal como sistema de expectativas*, «*Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*», Editorial Buenos Aires, Frankfurt del Main, **1974**
9. Días Aranda-Aranda Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2008

10. Ferrajoli, Luigi, *Derecho Y Razon Teoria Del Garantismo Penal*, edición española Trotta, Madrid, 1998,
11. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías*(La Ley Del Mas Debil). Cuarta edición, Trotta, Madrid, 2004.
12. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo: "estudios sobre el pensamiento jurídico"*, una coedición de Trotta y del insitito de investigaciones jurídicas de la UNAM, Madrid, a cargo del Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2005
13. Franz Kafka , *El proceso*, distribuido por Max Brod comentada, editorial, Verlag die Schmiede, Berlín, 1925 .
14. García Ramírez, Sergio, "*La Corte Interamericana de Derechos Humanos*". Ed. Porrúa, México, 2007, p. 6.
15. Gliber, Jhon Gliber, *México Rebelde*, Crónicas de poder e insurrección, editorial debate, México D.F. 2011.
16. Jorge Ulises Carmona Tinoco, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Las reformas y las normas de los derechos humanos previstos en tratados internacionales* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mexico, 2011
17. Larenmz, *metodología de la ciencia del derecho*, 2º edición, trad. de Gimbernat, Barcelona, 1966, p. 16 1 (hay 3" ed. alemana de esta obra, aparecida en 1975).
18. Larenz, K; "**Derecho justo**. Fundamentos de ética jurídica, Madrid, 1993.
19. Marías Julián, "La Estructura Social, teoria y método", "Sociedad de Estudios y Publicaciones", Madrid 1964.
20. Moya Carlos, ***Teoría sociológica: una introducción crítica***, 2ª edición Madrid, 1971.
21. Muñoz, Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, segunda edición: Editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina, 2001.
22. NICOLAI Georg F., "Los Fundamentos Reales de la Sociología". Ed. José M. Cajica JR. S.A., Bs.As. año 1962
23. Pavon Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*; 4a. cd., México, Porrúa, 1978.

24. R. Pedro David, *criminología y sociedad, pensamiento jurídico* editora, buenos aires, 1979,
25. Reciado Hernández, Rafael, "El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XIX, núms. 75-76, julio-diciembre de 1999.
26. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, Mexico, 2008.
27. Rodríguez H., Gabriela, "*Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados*" en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela (Comps.), "*Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos Desafíos*". Ed. Porrúa/ITAM, México, 2005
28. Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Segunda edición, editorial Hamurabi, Argentina, 2000.
29. Rubio Llorante, Francisco, "constitución" en Aragón, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.
30. Rubio Llorante, Francisco, "constitución" en Aragón, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2001,
31. Scime, Francisco Salvador, *Criminología, Causas y Cosas del Delito*, editorial ediciones jurídicas, Argentina.
32. Serrano Migallón Fernando, *Revista del Instituto de investigaciones jurídicas, historia de la norma penal*, Universidad Autónoma de México, **Programa de Apoyo a Proyectos Institucionales para el Mejoramiento de la Enseñanza (PAPIME)**, p.12 en adelante.
33. Salazar Ugarte, Pedro, *Ensayo sobre el garantismo y el Neoconstitucionalismo frente a frente*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mexico, 2011.
34. Vives Antón, T.S.: *La libertad como pretexto*. Valencia, 1995
35. Zaffaroni Eugenio Raul, *Tratado de derecho penal parte General, tomo III*, sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1981.

Revistas

1. Revista del Instituto de investigaciones jurídicas, historia de la norma penal, Universidad Autónoma de México, **Programa de Apoyo a Proyectos Institucionales para el Mejoramiento de la Enseñanza (PAPIME)**, Fernando Serrano Migallón, p.12 en adelante.

Diccionarios:

1. Diccionario jurídico mexicano, varios tomos, *Primera edición*: instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982
2. *Diccionario de la lengua española* (vigésima segunda edición), Real Academia

Jurisprudencia

1. Jurisprudencia emitida en la Novena Época Registro: 183703 Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Julio de 2003, Materia(s): Penal, Tesis: 1a./J. 23/2003, Página: 164, Contradicción de tesis 97/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Octavo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 7 de mayo de 2003. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jaime Salomón Hariz Piña. Tesis de jurisprudencia 23/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de siete de mayo de dos mil tres.
2. Jurisprudencia, perteneciente a la Novena Época, Registro: 168878, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P./J. 102/2008, Página: 599.
3. Jurisprudencia con numero de registro: 179,367 Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Febrero de 2005, Tesis: P./J. 3/2005, Página: 5, del semanario Judicial de la Federación y su gaceta.
4. tesis aislada P. IX/2007, "Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6; tesis aislada P. LXXVII/99, Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las

leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

5. Tesis Aislada, perteneciente a la Novena Época, localizable bajo el número registro: 165725, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX*, Diciembre de 2009, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. CCXXVII/2009, Página: 289.