



Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo

Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades

**EL “NON BIS IN ÍDEM” Y EL CONCURSO REAL DE ASALTO Y ROBO EN
EL ESTADO DE HIDALGO.**

Proyecto terminal de carácter profesional para obtener el grado de la:
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Presenta:
Galo Nahúm Barrera Cortes

Director del proyecto terminal de tesis
Mtro. Javier Sánchez Lazcano

Pachuca de Soto, Hidalgo, Octubre 2017



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO
Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades
School of Social Sciences and Humanities
Área Académica de Derecho y Jurisprudencia
Department of Law and Jurisprudence

NÚMERO DE OFICIO: UAEH/ICSHU/AADJ/45/2017.
ASUNTO: AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN.
PACHUCA DE SOTO HIDALGO, DICIEMBRE 08, AÑO 2017

Dr. Cuauhtémoc Granados Díaz.
JEFE DEL ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA
PRESENTE

De acuerdo con lo dispuesto en la fracción VII del Artículo 73 del Capítulo VIII del Reglamento General de Estudios de Posgrado de esta Universidad, los profesores investigadores que suscriben el presente documento, integrantes de la Comisión Revisora formada para los efectos de obtención del grado de MAESTRO EN DERECHO del LIC. GALO NAHUM BARRERA CORTES, le notifican que han APROBADO la tesis intitulada "EL NON BIS IN ÍDEM EN CONTRAPOSICIÓN CON EL CONCURSO MATERIAL DE ASALTO Y ROBO EN HIDALGO" cuya autoría corresponde al citado profesional; por lo tanto, autorizamos la impresión del mencionado Proyecto Terminal de Carácter Profesional para los efectos prescritos por la normatividad institucional en este rubro.

ATENTAMENTE
"AMOR ORDEN Y PROGRESO"

DR. ROBERTO WESLEY ZAPATA DURÁN
TITULAR

DR. JOSÉ LUIS GÓMEZ TAPIA
TITULAR

MTRO. JAVIER SÁNCHEZ LAZCANO
TITULAR

MTRA. MARTHA GAONA CANTÉ
TITULAR



Carretera Pachuca-Actopan Km. 4 s/n. Colonia
San Cayetano, Pachuca de Soto, Hidalgo, México
C.P. 42084
Teléfono: 52 (771) 71 720 00 Ext: 4226
cgranadosd2006@yahoo.com.mx

www.uaeh.edu.mx

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi madre, que me ha ayudado a salir adelante y con su ejemplo a superar los obstáculos que se presentan en la vida con fuerza y amor a la misma. Así también a mi padre quien ha trabajado por mí incansablemente para lograr mis sueños, sin esperar nada a cambio.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a las personas que formaron parte de mi vida académica e hicieron posible que este trabajo se materializara y me brindaron su apoyo hasta la conclusión del mismo.

A mis maestros, directivos y compañeros de la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales impartida en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo y en especial al Dr. Roberto Wesley Zapata Durán, quien con su compromiso constante conmigo y mis compañeros estuvo dispuesto a apoyarnos para salir adelante y lograr nuestros objetivos académicos, siendo un impulso en mi paso por esta Universidad, tanto en pregrado como en la maestría que concluyo.

Al Mtro. Javier Sánchez Lazcano por su dirección y enseñanza continua para el logro del presente trabajo y mi vida tanto académica como profesional, convirtiéndose en un referente y un ejemplo para mí como maestro y estudioso del derecho.

INDICE

RESUMEN	6
• ABSTRACT	7
• JUSTIFICACIÓN.....	8
CAPITULO I.....	9
LOS PRINCIPIOS Y SU IMPORTANCIA EN UN SISTEMA JURÍDICO	9
.1 Naturaleza y estructura de los principios.....	9
.2 Los principios y las reglas	10
.2.1 La posibilidad de determinar los casos en que debe aplicarse uno u otro tipo de norma.....	10
.2.2 La forma de su génesis, por ejemplo la distinción de normas creadas o desarrolladas.....	11
.2.3 La explicitud del contenido valorativo.....	13
.2.4 La referencia a la idea de derecho o a un derecho supremo.	13
.2.5 La importancia para el ordenamiento jurídico.....	13
.3 El estado de derecho y los principios.....	14
• CAPITULO II.....	16
EL NON BIS IN IDEM	16
.1 Antecedentes	16
.2 El Non bis in idem. ¿Principio o Regla?.....	18
.2.1 La posibilidad de determinar los casos en que debe aplicarse uno u otro tipo de norma.....	19
.2.2 La forma de su génesis, por ejemplo la distinción de normas creadas o desarrolladas.....	19
.2.3 La explicitud del contenido valorativo.....	20
.2.4 La referencia a la idea de derecho o a un derecho supremo.	21
.2.5 La importancia para el ordenamiento jurídico.....	22
.3 Reconocimiento del principio non bis in ídem en el derecho internacional.....	23
.3.1 Reconocimiento del principio non bis in ídem en el Pacto de San José.....	23
.3.2 Reconocimiento del principio non bis in ídem en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del Hombre	29
.3.3 Reconocimiento del principio non bis in ídem en la legislación mexicana.....	34
.4 Disyuntiva del principio general del derecho “non bis in ídem.....	39
.5 Teorías interpretativas del principio non bis in idem.....	41
.5.1 Teoría de los elementos.....	42
.5.2 Triple identidad.....	42
.5.3 Mismo Delito es Igual a delitos idénticos. Corriente letrística o nomen iuris....	44
.5.4 Teoría de la evidencia ex post.	44

.5.5	Misma Conducta	45
.6	El episodio criminal	45
•	CAPITULO III	46

ESTUDIO DESCRIPTIVO Y TEÓRICO DEL DELITO DE ASALTO PARA EL ESTADO DE HIDALGO 46

.1	Definición	46
.2	Elementos del tipo	47
.3	Tipo de delito atendiendo las diferentes clasificaciones.	49
.3.1	Según la conducta del sujeto activo	49
.3.2	Atendiendo la duración del delito	50
.3.3	Por el resultado que generan.....	51
.3.4	Por el daño que generan.....	51
.3.5	Por su estructura	53
.4	Legislaciones en México que regulan al delito de Asalto.	53
•	CAPITULO IV	54

ESTUDIO DESCRIPTIVO Y TEÓRICO DEL DELITO DE ROBO PARA EL ESTADO DE HIDALGO 54

.1	Antecedentes	54
.1.1	Edad Antigua.....	54
.1.2	Edad media.....	56
.1.3	Edad Moderna y contemporánea.....	56
.2	Definición	56
.3	Elementos del Tipo penal.....	57
.3.1	El apoderamiento	57
.3.2	La cosa debe de ser corpórea.....	58
.3.3	La cosa debe de ser ajena.....	59
.3.4	El apoderamiento debe de ser sin derecho	59
.3.5	Sin consentimiento.	60
.3.6	Ánimo de lucro o ánimo de apropiación.....	60
.4	Clasificación del delito de robo.....	61
.4.1	Según la conducta del sujeto activo	62
.4.2	Atendiendo la duración del delito	62
.4.3	Por el resultado que generan.....	64
.4.4	Por el daño que generan.....	64
.4.5	Por su estructura	64
.5	Legislaciones del México que regulan al delito de Robo.....	65
•	CAPITULO V	66

•	CONCURRENCIA MATERIAL DEL DELITO DE ASALTO Y ROBO O CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES.....	66
.1	El concurso de delitos.....	67
.2	El concurso de delitos y El asalto y robo en Hidalgo.....	67
.3	El Concurso aparente de Normas penales.	69
.4	Teorías del non bis in ídem analizadas con el concurso real del asalto y robo en el estado de Hidalgo.....	69
.4.1	Teoría de los elementos.....	69
.4.2	Teoría de la Triple identidad.....	70
.4.3	Mismo Delito es Igual a delitos idénticos. Corriente letrística o nomen iuris....	71
.4.4	Teoría de la evidencia ex post.	71
.4.5	Misma Conducta	71
.4.6	El episodio criminal.....	71
•	CONCLUSIONES.....	73
•	BIBLIOGRAFÍA.....	74

RESUMEN

Actualmente en el Estado de Hidalgo se ha dado la práctica constante de procesar personas por el delito de asalto y robo como concurso real y se aplican las punibilidades atendiendo dicha clasificación jurídica, sin embargo, es importante entrar al análisis de los principios del derecho para realizar un estudio profundo de si dicha circunstancia no violentaba alguno de estos, en específico al principio non bis in ídem.

Es por lo que se comenzó con el análisis de los principios del derecho, desde su entendimiento y como los definen los principales tratadistas de la materia, su alcance y naturaleza jurídica, llegando a la conclusión de que estos tienen un mayor peso que las propias normas dentro de un sistema jurídico y se deben de observar como ejes rectores de la creación de la norma o también como fuente para la interpretación de la misma.

Una vez realizado dicho análisis comenzamos con el estudio del “Non bis in ídem” analizando su naturaleza jurídica, el trato que se le debe de dar como principio y sus interpretaciones que se le ha dado por las distintas legislaciones, tanto a nivel nacional como internacional, hablando de tratados internacionales, de los cual nuestro país es parte.

Una vez que se tuvo el análisis del principio “Non bis in ídem”, entramos al estudio específico de los tipos penales de asalto y robo, para tener una concepción más clara de sus elementos.

Una vez analizado lo anterior comenzamos con el estudio del concurso de delitos, en específico el real, ya que es el que en la práctica en el estado se ha venido utilizando para la clasificación del concurso de los delitos en estudio.

Por último se estudiaron las diferentes teorías doctrinarias del non bis in ídem estudiadas previamente, contraponiendo el concurso real de los delitos de asalto y robo, concluyendo con el análisis de cada una que es más técnico manejar solo la violencia como una agravante del delito de robo, tal como se ha manejado en varias entidades federativas como se puede observar en los cuadros anexos al presente trabajo.

ABSTRACT

Currently in the State of Hidalgo has been the constant practice of prosecuting people for the crime of assault and robbery as a real contest and punishments are applied to meet this legal classification, however, it is important to enter the analysis of the principles of law to perform a thorough study of whether this circumstance did not violate any of these, specifically the principle of non bis in idem.

That is why we began with the analysis of the principles of law, from their understanding and how they are defined by the main writers of the subject, its scope and legal nature, reaching the conclusion that these have a greater weight than the rules themselves within a legal system and should be observed as guiding axes of the creation of the standard or also as a source for the interpretation of it.

Once this analysis was carried out, we began with the study of "Non bis in idem", analyzing its legal nature, the treatment that should be given to it as a principle and its interpretations that it has been given by the different legislations, both nationally and internationally. , speaking of international treaties, of which our country is a part.

Once we had the analysis of the principle "Non bis in idem", we enter the specific study of the criminal types of assault and robbery, to have a clearer conception of its elements.

Once analyzed the above we begin with the study of the contest of crimes, specifically the real one, since it is the one that in practice in the state has been used for the classification of the contest of the crimes under study.

Finally, the different doctrinal theories of non bis in idem studied previously were studied, contrasting the real contest of the crimes of assault and theft, concluding with the analysis of each one that it is more technical to only handle violence as an aggravating circumstance of the crime of theft , as it has been handled in several states as can be seen in the tables attached to this work.

JUSTIFICACIÓN

Al abocarnos al estudio de la norma penal nos encontramos con la posible coexistencia de los delitos de asalto y robo en un mismo hecho, sin embargo, existe y ha existido siempre, la contraposición a esto con el principio general del Derecho de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, es por lo tanto que llegamos al problema de qué figura jurídica sería imperante aplicar, por lo que el planteamiento de mi problema se basa en un contexto de Norma.

Atendiendo lo anterior y para poder entrar al estudio del tema es conveniente analizar cada uno de los delitos que previamente pueden coexistir, puesto que El Código Penal para el Estado de Hidalgo define cada uno de los delitos comenzando con el delito de asalto de la manera siguiente: “Al que haga uso de violencia sobre una o más personas con el propósito de causarles un mal o exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito, en un lugar en que a determinada hora del día o de la noche no fuere posible el auxilio oportuno”. El delito antes mencionado se encuentra dentro del capítulo de Delitos contra la libertad y la seguridad de las personas, siendo esto el bien jurídico que tutela dicho delito.

Por otro lado y analizando el delito de robo como lo tipifica la ley sustantiva vigente para el estado de Hidalgo es de la siguiente manera: (Al que se apodere de una cosa mueble ajena, sin consentimiento de quien pueda otorgarlo conforme a la ley se le aplicaran las siguientes penas...), a diferencia del delito de asalto este delito se encuentra tipificado dentro del Título séptimo de delitos contra el patrimonio, es por lo que tutela un bien jurídico diferente al delito de asalto, el cual es el patrimonio de las personas.

Una vez analizado tanto el delito de asalto como el robo, si bien es cierto que tutelan diferentes bienes jurídicos es común en la práctica que estos delitos puedan coexistir jurídicamente, siendo esto en los casos concretos en que una persona busque el asentimiento para robar a otra, es decir se configuran los dos delitos en un mismo hecho entendiendo como el robo a al (...propósito de causarles un mal o exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito...), como lo señala el artículo relativo al asalto, esto lleva a que se procese a una persona o se le juzgue por los dos delitos, aunque en el caso concreto solo haya sido un solo hecho. Sin embargo lo anterior existen principios generales del derecho, siendo estos los que deberán regir a nuestro derecho penal, y en específico nos abocamos al principio “non bis in ídem” por ser denominado en latín y que significa que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo Delito. Situación que a simple modo de ver no se trata del mismo delito, pero entrando a las entrañas o a la exégesis de este principio y como otra manera de entenderlo nos dice que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo “hecho”, lo cual considero que la “coexistencia de estos delitos contrapone dicho principio”, situación que origina el tema principal de estudio para este trabajo.

CAPITULO I

LOS PRINCIPIOS Y SU IMPORTANCIA EN UN SISTEMA JURÍDICO

.1 Naturaleza y estructura de los principios

Es importante para el desarrollo del tema que nos ocupa identificar que son los principios y su impacto en nuestro sistema jurídico.

Los principios pueden tener diferentes acepciones, por lo que es indispensable encontrar el punto en común de estas para poder entenderlos y generar un análisis crítico con estos.

Robert Alexy analiza los principios partiendo de su teoría de derechos fundamentales, señala que el derecho fundamental está constituido por tres posiciones: la norma de derecho fundamental, las libertades y competencia; ubica dentro de las normas de derecho fundamental a los principios y a las reglas, precisa que los principios constituyen mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas.¹

Para entender este esquema el autor busca que encontremos el sentido de los derechos fundamentales basándonos en su naturaleza y estructura.

Señala que los derechos fundamentales deben de entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental y que como lo mencionamos con anterioridad parte de tres posiciones:

La primera que es la norma o norma de derecho fundamental, entendiéndola como el ámbito general que engloba todo lo que tendrá que ser observado por un sistema jurídico determinado y hablando de estas como el sentido del enunciado normativo.

Las libertades las señala como algo que el ser humano tiene intrínseco a su persona, es decir que son naturales y que el derecho solo cumple el rol del reconocimiento de las mismas.

Mientras que las competencias son el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales entendido esto como la regulación entre el estado con los particulares y las relaciones entre los últimos.

¹Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2012, p. 64.

Partiendo de estas tres posiciones el autor ubica a los principios y reglas como normas de derecho fundamental, por ello es indispensable hacer la distinción entre ambas figuras.

.2 Los principios y las reglas

La distinción tradicional señala que los principios tienen un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel más bajo.

Un ejemplo de principio es “todos gozan de libertad religiosa”; en este ejemplo podemos ver un alto grado de generalidad en virtud de que deja abierto a la interpretación las palabras libertad y religión.

Una regla que se deriva de este principio se encuentra en el artículo 6° de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público que señala: “Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro constitutivo ante la Secretaría de Gobernación, en los términos de esta ley”.

Esta regla especifica la personalidad jurídica de las iglesias y que deberán de tener un registro público correspondiente, por lo que a diferencia del principio las reglas son más específicas y por ende, menos abstractas.

Sabemos que la norma es creada por seres humanos y que estas no pueden llegar a la perfección o a la obtención de un resultado justo, por lo que al ser tan específicas podemos dejar vulnerables derechos no contenidos expresamente en ellas.

Los principios dan una mayor amplitud interpretativa, lo que generaría una mayor protección de los derechos de las personas que las propias reglas que suelen ser más cerradas y más específicas, de aquí deriva la importancia de los principios en todo sistema jurídico.

Según Robert Alexy, con base en otros autores existen otros criterios para diferenciar a los principios de las reglas², como los siguientes:

.2.1 La posibilidad de determinar los casos en que debe aplicarse uno u otro tipo de norma.

En el caso de las reglas es el mismo cuerpo de leyes el que determina la regla que deberá de aplicarse en un concurso aparente de normas, por ejemplo el artículo 9 del Código Penal Para el estado de Hidalgo³ establece las reglas que

²*Ibidem*, p. 66.

³ (Código Penal para el Estado de Hidalgo, Artículo 9).

deberán de observarse cuando aparentemente dos o más normas resulten aplicables al caso concreto, en este sentido las reglas son las que permiten determinar las normas que deberán de aplicarse al caso concreto.

Por otra parte, tratándose de principios no existe una regla que los jerarquice o que nos indique que principio estará por encima o con mayor valor que los demás y esto es así porque tratándose de principios no son las reglas las que determinan la prevalencia de estos, la aplicación de un principio u otro en un caso dependerá del ejercicio de ponderación que se realice respecto del caso en específico.

Es decir se utiliza la lógica y un sentido humano de valoración de menor afectación hacia las personas que se les aplique dicho principio, un ejemplo es cuando se contraponen el derecho de la víctima con el del imputado, se utilizaría el que genere menor afectación entre estos de forma racional, dependiendo el supuesto de hecho.

.2.2 La forma de su génesis, por ejemplo la distinción de normas creadas o desarrolladas.

Con relación a este tema consideramos que tratándose de las reglas su génesis se basa en un proceso legislativo, por lo que su validez dependerá de que se haya respetado dicho proceso, de tal manera que la emisión de la regla puede ser legal e incluso obligatoria pero no legítima, en cambio los principios se generan con base en valores universalmente aceptados, como la libertad, la vida, la dignidad entre otros.

Para los *ius positivistas* el derecho se reducía a las reglas por ser el producto del proceso legislativo antes citado, por ello, Jeremías Bentham señalaba que los derechos humanos no eran otra cosa que disparates en zancos⁴, es decir, aunque la comunidad en general reconocía la importancia de los derechos humanos y todos los veían como una aspiración, de nada servían si no estaban reconocidos en las reglas.

Hoy en día la doctrina es unánime en el sentido de que el legislador no es el que otorga los derechos humanos, simplemente los reconoce en las reglas, por lo que independientemente a que estén o no consagrados en las reglas deben ser respetados.

Esto nos permite entender que los principios parten de los valores fundamentales de toda sociedad y no así las reglas.

⁴Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 1977, p.277.

Por lo anterior es importante realizar una distinción general entre valor, principio y regla, citando algunos autores.

Para Luciano Parejo Alfonso la distinción entre valores, principios y reglas, como distintos tipos normativos, obedece a la idea de grado de concreción.

Los valores y los principios, explica Parejo Alfonso, son normas de normas; no son disposiciones de aplicación directa como lo son las reglas. Los valores son normas más abstractas y abiertas en tanto que los principios son normas con contenido indeterminado pero más preciso o concreto. Los valores tienen eficacia jurídica más restringida y se reservan al legislador como representante de la soberanía popular⁵.

Los valores son axiomas, es decir, proposiciones aceptadas como verdaderas sin que se deban comprobar (ideas absolutas). Son estudiados por la Filosofía.

Los principios son valores traducidos en términos jurídicos. Son estudiados por la Filosofía del Derecho.

Las normas son aquellos enunciados que contienen una hipótesis normativa y su consecuencia jurídica. Son estudiadas por la Ciencia Jurídica.

Para una mayor explicación de lo anterior me permito presentar dos ejemplos de la distinción de valor, principio y Norma.

Valor: Libertad.

Principio: Indubio pro reo.

Norma: En caso de que se dude sobre la culpabilidad de una persona (en un acto ilícito), se le concederá la libertad.

Valor: Dignidad humana

Principio: Non bis in ídem

Norma: Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

Es por lo anterior que podemos concluir en este criterio que diferencia a los principios de las reglas señalado por Robert Alexy nos muestra que los principios buscan más los valores establecidos en una sociedad en un ámbito más profundo por así llamarlo o filosófico, por lo que estos siempre van a ser más legítimos que las normas o reglas que no se apeguen a los mismos, siendo que lo que el derecho en un sentido filosófico busca un camino justo y que la sociedad se conduzca por el camino correcto.

⁵Luciano Parejo, Alfonso, "Valores superiores" en Aragón Reyes, Manuel (Coord.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Madrid, Civitas, 2001, p.38.

.2.3 La explicitud del contenido valorativo.

Respecto a este tópico, las reglas son más explícitas, mientras que los principios más abstractos, sin embargo mientras que los principios se acercan más por su abstracción a los valores de donde emergen, las reglas tienden a alejarse por su especificidad.

La especificidad de la regla facilita su aplicación por que basta un simple silogismo para arribar a una conclusión, es decir la norma constituye la premisa mayor, el caso concreto la premisa menor y de la adecuación o no de estas premisas se obtiene la conclusión. Sin embargo, muchas de las ocasiones en la medida de que el legislador especifica la regla deja sin contenido el principio o el valor del que surge, por ejemplo, a nivel constitucional se han “delineado” tanto los derechos fundamentales que se ha incurrido en su limitación, al grado de que hoy se encuentran reconocidas a nivel constitucional figuras evidentemente violatorias de los derechos fundamentales como lo son: la prisión preventiva oficiosa, el arraigo tratándose de delincuencia organizada, la excepción a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, tratándose de casos de delincuencia organizada, lo mismo ocurre tratándose de la disposición contenida en el artículo 174 del CPH en el que se establece que las penas del delito de asalto se impondrán con independencia a las que corresponda por otros delitos como el robo, sin atender al principio de non bis in ídem, como lo desarrollaremos más adelante.

.2.4 La referencia a la idea de derecho o a un derecho supremo.

Para los ius positivistas, el derecho está constituido única y exclusivamente por reglas, por ello el mayor expositor de esta teoría es Hans Kelsen, quien en su libro de la teoría pura del derecho explica cómo es que las reglas deben ser la única fuente para la resolución de casos despojándose de la política, la moral y la ética entre otros.

En este sentido Montesquieu señalaba que “Los jueces de la nación no son... más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”.

Para Ronald Dworkin el derecho está constituido por principios, directrices y reglas, en consecuencia los principios resultan inaceptables como parte del derecho para Hans Kelsen, pero para Dworkin los principios forman parte del derecho y permiten alcanzar la aspiración del ser humano al aplicar el derecho que es la justicia.

Así atendiendo a la teoría de Dworkin existe el derecho supremo con base en los principios y directrices que regirán la correcta interpretación de las reglas.

.2.5 La importancia para el ordenamiento jurídico.

Si partimos de la base de que los principios son la fuente de las reglas, la aplicación de las reglas por el operador jurídico siempre estará supeditada al respeto de los principios.

Como hemos visto para Montesquieu y Jeremias Bentham las reglas tenían mayor importancia que los principios en el ordenamiento jurídico, sin embargo está demostrado que dar más importancia a las reglas que a los principios genera injusticias.

Así las reglas son producto de un proceso legislativo realizado por el ser humano con intereses sociales, políticos, religiosos, culturales, económicos entre otros y en ese proceso muchas de las veces estos intereses decantan las reglas, con lo que se genera afectación a derechos fundamentales .

En razón de lo anterior es que en un derecho democrático de derecho los principios deben tener mayor importancia porque esto neutraliza los intereses con los que regularmente se emiten las reglas, es decir los principios son el límite razonable de la arbitrariedad de la regla.

Así también las reglas y los principios se pueden diferenciar atendiendo si son fundamento de las reglas o reglas en sí mismos.

Esta distinción es muy útil pues marca el sentido que se debe buscar principalmente para los principios, atendiendo a que estos son los que den fundamento a los diferentes sistemas jurídicos y a las reglas.

.3 El estado de derecho y los principios

Analizada la estructura o ubicación de los principios dentro de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, así como su naturaleza y la distinción de estos con las reglas, es importante entender la importancia de estos en una sociedad cuyo objetivo es alcanzar un verdadero estado de Derecho.

Ahora bien, seguramente hemos escuchado que el estado de derecho es cumplir estrictamente con el mandato de la ley. Sin embargo, no lo es, pues esa concepción significaría que las leyes es el todo en la normatividad de un sistema jurídico y se caería en excesos del legislador.

Puede haber dentro del derecho normas que favorezcan más una situación económica, política o social, esto lo entendemos ya que el proceso de la ley es realizado por los legisladores de un determinado país. Estas personas no siempre van a crear la normatividad de forma imparcial, es decir que en ocasiones se da el caso que la ley o las reglas que emiten los legisladores pueden ser guiadas o realizadas para favorecer intereses de ciertas clases o personas, desviando el objeto de las normas de buscar los valores como la justicia, la libertad, la moral, la dignidad o la ética.

En efecto, el estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso “no regulado” del poder. Por lo que se debe buscar la generalidad de la ley, pues esta comporta una normatividad media, esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo.⁶

Es por lo que para vivir en un verdadero estado de derecho es imprescindible tomar en cuenta a los principios, ya que al ser más generales que la ley estos comportarían dicha normatividad media.

Ronald Dworkin, señala que el principio es un estándar que ha de ser observado, no que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. A modo de ejemplo cita que disminuir los accidentes automovilísticos es una directriz y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio.⁷

En esta cita, Ronald Dworkin indica que un principio es un estándar, entendiéndolo como un punto común o un modelo a seguir para el derecho o para las normas que rigen en un determinado sistema jurídico.

Así el estado de Derecho del que tanto se habla en la sociedad, incluso utilizando esta figura muchos políticos o personas en el gobierno, es muy diferente a la concepción real, pues no podemos decir que la Ley es todo en un sistema jurídico por lo antes explicado, caeríamos en una concepción *ius positivista* y que dejaría de lado los valores más importantes para una sociedad.

Existen muchos ejemplos de la concepción positivista del estado de Derecho dentro de nuestra historia, tal como ocurrió en el Nacional Socialismo en Alemania, pues cuando se exterminaba a personas judías se obraba conforme a la Ley, sin embargo esto no es atender ni a la justicia, la moral o la equidad, por lo que no se puede hablar en este sentido de un verdadero estado de Derecho.

Otro ejemplo histórico fue la segregación racial que se vivió en Sudáfrica conocida como el Apartheid, en la cual la propia Ley de dicho país discriminaba flagrantemente a las personas de raza de color, pues vivían y eran tratadas en una forma inferior a las personas blancas.

Concluimos en que no es lo mismo la Ley y el Derecho, la ley no es el todo, si no solo parte de un sistema jurídico, por lo que la observación aislada de esta no construiría un verdadero estado de derecho.

⁶Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, 11ª. ed. trad. de Marina Gascon, España, Trotta, 2011, p. 29.

⁷Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 1977, pp.72-73.

Como lo dice el autor citado, la ley debe de buscar una normatividad media o genérica, es decir que se dirija en torno a valores para todos y que permita que exista una garantía de que el uso del poder legislativo en un estado o país no sea desbocado o llegue a los excesos, por lo que al analizar lo anterior entendemos que los principios son los que forman dicha garantía basándonos en la generalidad de los mismos.

CAPITULO II

EL NON BIS IN IDEM

.1 Antecedentes

Una vez desarrollado el tema de principios, su distinción de estos con las reglas y el verdadero estado de Derecho, entraremos al análisis del principio *non bis in ídem*, principio que buscamos analizar desde la perspectiva planteada en el capítulo anterior.

Con la finalidad de tener el contexto de su origen es imperante conocer los antecedentes del mismo, de donde surge y como se ha ido transformando al paso del tiempo, ya que para poder desentrañar, entender o interpretar este principio se requiere conocer su historia.

Por lo anterior estudiaremos desde el origen más remoto que nos llevan los estudiosos del derecho, y el reconocimiento del mismo en los diferentes países hasta la actualidad.

Autores como Julio Maier indican al Derecho Romano como principal antecedente del *non bis in ídem*. Esto bajo la denominación de "*bis de eadem res nesitactio*"⁸, misma definición que explica el autor Edmundo S. Hendler de la máxima "*res judicata pro veritate habetur*" (la cosa juzgada se considera como verdad).

Es decir que no se puede juzgar dos veces, ya que la cosa que se ha juzgado debe de ser considerada por todos como la verdad en virtud de haber existido un proceso para llegar a esta.

El momento de su origen era una forma de darle certeza o validez a las sentencias, sin embargo, no mencionaba o ponía en estudio si en ese mismo juicio se estaría juzgando por dos delitos diferentes en un mismo hecho, por lo

⁸Maier, B.J., Julio, *Derecho procesal penal*, Segunda Edición, Buenos Aires, 1969, Editores del Puerto, s.r.l... p.288.

que podemos observar que en un inicio la interpretación de este principio era en un sentido muy estricto y no generaba una interpretación amplia.

Alfredo Vélez Mariconde menciona que este principio se contenía en el Digesto del emperador Justiniano: *nequisobidem crimen pluribuslegibusreusfieret*⁹.

Por otra parte, se pueden mencionar como antecedentes las sentencias de Paulo “*De hiscriminibus de quibusquisabsolutusest ab eoquiaccusauit, refricariaccusatio non potest*”.

Según el autor Jacobo López de Quiroga sostiene que su origen dista de estar claro, pero, como ha mostrado Landau, podemos señalar que el principio se puede situar en la compilación de Derecho Romano Post Clásico, aproximadamente en el siglo III D.C.¹⁰

Posteriormente en diferentes lugares se ha tomado en cuenta este principio, sin embargo, cabe resaltar una de las etapas más importantes a nivel mundial como lo es la llamada época de la ilustración, misma en la que como bien sabemos se plasman derechos de tinte liberal y que marcan una nueva era en el derecho y la sociedad a nivel mundial.

Esta época principalmente fue provocada por grandes pensadores del siglo XVIII en Francia antes y dentro de la revolución Francesa, tal es el caso de Montesquieu, Rousseau, Voltaire y Beccaria, que plasman en sus diferentes tratados y sobre todo en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Dicha declaración generó un nuevo sistema procesal penal, primero en la era Napoleónica y sus imperios y posteriormente a todo el mundo y en esto se señalaba con respecto al tema en cuestión que “la absolción del inculpaado impedía una persecución penal posterior sobre la base de la misma imputación. Aquí podemos encontrar otra vez plasmado el principio *non bis in ídem*, pues si bien esta prohibición no llevaba dicho nombre, en el sentido de que si el reo era absuelto ya no se le podría perseguir por la misma acusación, estamos ante el mismo, puesto que se prohíbe el doble enjuiciamiento.

Así también en los Estados Unidos de América en la Quinta Enmienda, se utiliza una terminología peculiar, al establecerse “...*norshallanyperson be subjectforthesame offence to be twiceput in jeopardy of lifeorlimb*” (es decir:

⁹VelezMariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, p.46, Nota número 30.

Ninguna persona podrá ser dos veces puesta en peligro de vida o de (la integridad de sus miembros, por el mismo delito)¹¹.

El anterior derecho reconocido en la Quinta Enmienda se ha estudiado por diferentes autores, tal es el caso de Edmundo S. Hendler que en su estudio etimológico de *Jeopardy* nos remite al francés del siglo XIV *jeupartí*, que significa: juego dividido, y por lo que se refiere a las expresiones **life and limb** es porque desde el Reinado de Enrique I, la muerte o la mutilación eran el castigo de casi todos los delitos.

Otro autor que ha entrado al estudio de el “*doublé jeopardy*” lo es el Canadiense Martin L. Frieland en su obra titulada igual que dicho principio, y sostiene que la regla concerniente a la doble persecución, es tan antigua como el mismo *comon-law* aludiendo a la controversia entre los tribunales del Rey que no podían castigar a quien ya hubiera sido condenado en Tribunales Eclesiásticos, entre otros casos, que analiza con relación al principio de estudio.¹²

Estos antecedentes no solo se remontan a dichos países, puesto que también fue contemplado en otros países, tal es el caso de Inglaterra y otros de Europa principalmente.

En la actualidad podemos concluir que este principio se encuentra previsto en diferentes países, ya no solo de Europa sino también del resto del mundo, sin embargo el problema han sido hasta el momento los alcances y la interpretación que se le dé a este principio de *non bis in ídem*.

Este principio ha tenido diferentes interpretaciones, lo que nos lleva a entender el por qué se origina este, sin embargo, la historia nos da una interpretación respecto a las necesidades de cada época y circunstancia en la que se vivía en cada uno de los países antes mencionados, por lo que de acuerdo a los nuevos contextos sociales que existen y sobre todo la transformación del derecho, podemos encontrar diferentes teorías que nos ayudan a interpretarlo, esto basándonos en diferentes estudiosos del derecho que han puesto como tema central de sus investigaciones el mismo.

.2 El Non bis in ídem. ¿Principio o Regla?

La mayoría de veces se habla del *non bis in ídem* como principio, sin detenernos a analizar si en verdad es un principio, por ello considero importante delimitar el carácter del *non bis in ídem* atendiendo a sus características y así poder concluir si este es un principio o una regla.

¹¹Emersonl. Thomas y Hober David, *Political and Civil rights in the United States*, Vennis and Co., Inc. Buffalo, New York, 1952, p. 226.

¹²Hendler, Edmundo S. www.derechopenal.com.ar/11ahendler.pdf, Marzo 2016.

En el capítulo anterior se explicaron las características tanto de los principios como de las reglas, para tal efecto se tienen como parámetros cinco aspectos importantes.

.2.1 La posibilidad de determinar los casos en que debe aplicarse uno u otro tipo de norma.

Como lo mencionamos con anterioridad las mismas reglas regulan cuando estas aplican al caso en concreto cuando concurren dos o más entre ellas y los principios no.

El *non bis in ídem* al encontrarse consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ha valorizado más como principio que como regla, pues no se requiere para su aplicación al caso concreto que sea sometido a valoración de especificidad, como lo son las reglas, el *non bis in ídem* se debe aplicar aun y cuando una regla más específica se contraponga al mismo, de no ser así se someterá a una interpretación lógica jurídica.

Por otro lado para la aplicación del *non bis in ídem* no existe una regla que jerarquice con un principio y este dependerá de un ejercicio de ponderación al caso en concreto.

.2.2 La forma de su génesis, por ejemplo la distinción de normas creadas o desarrolladas.

Con relación a este punto más filosófico se atiende si el *non bis in ídem* crea la norma por estar apegado a un valor social o universal o en un proceso legislativo como lo son las reglas.

Podemos concretar en que este principio se ha reconocido incluso en diferentes países como España y Argentina ¹³, sin necesidad de estar positivados en una ley.

Considerando que este sería el punto más importante que muestra la naturaleza del principio del *non bis in ídem*, pues este busca la dignidad humana como valor a no ser enjuiciada una persona dos veces por el mismo delito o hecho.

Es el caso de que se encuentra regulado en la Constitución política de nuestro país como de diferentes sistemas jurídicos dentro de sus propias constituciones, así como en diversos tratados internacionales.

¹³Ottaviano, Santiago, *La Garantía del Non Bis In Idem, La prohibición de doble sanción...*, Porrúa, México, 2013, p. 85.

Es decir que como lo mencionamos con anterioridad los principios son leyes de leyes o reglas de reglas y en el caso del *non bis in ídem* este sería el fundamento o la regla de la regla del concurso aparente de normas penales y de la exacta aplicación de la ley.

En este sentido nos señala J.A. González Quintanilla que para evitar transgredir el “nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito”, en su interpretación extensiva de que los mismos hechos no pueden ser reclasificados, enmarcándolos en dos figuras a la vez y dictaminar con certeza si en un caso dado existe o no concurso de delitos, todo jurista debe averiguar primero si alguna de las disposiciones concurrentes no excluye a las demás, es decir si no se trata de un concurso aparente de leyes [...].¹⁴ Por lo que aplicar dos normas concurrentes incompatibles supondrían un *bis in ídem*.¹⁵ Este ejemplo nos muestra como el autor ve al principio como una regla de la propia ley en el caso del concurso aparente de normas.

.2.3 La explicitud del contenido valorativo.

El *non bis in ídem* debe interpretarse con atención a su contenido valorativo, con un amplio grado de abstracción a diferencia de las reglas lo que genera un mayor trabajo lógico jurídico por parte de los estudiosos del derecho o de quien tenga que aplicarlo al caso concreto.

Como lo veremos más adelante, pareciera que el *non bis in ídem* no tiene ningún problema de interpretación por ser muy claro y específico su contenido (no perseguir ni sancionar por segunda vez un mismo hecho o delito).

Sin embargo en este principio surgen varias interpretaciones en el sentido de perseguir y sancionar, así como de hablar de hacerlo dos veces, así también de cuando hablamos de hecho o delito.

La doctrina y las cortes de países como Argentina y España han realizado la labor de encontrar el alcance y sentido del *non bis in ídem*, situación bastante compleja pues ha generado diferentes teorías interpretativas del mismo.

Por otro lado la especificidad de la regla facilita su aplicación por que basta un simple silogismo para arribar a una conclusión, es decir la norma constituye la premisa mayor, el caso concreto la premisa menor y de la adecuación o no de estas premisas se obtiene la conclusión.

¹⁴González Quintanilla, J.A., op. Cit, p. 379. *En el mismo sentido*, Arilla Bas, F., op. Cit, p.182

¹⁵Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2004, p. 646.

En el caso del *non bis in ídem* no puede ser posible una correcta aplicación del mismo con el simple silogismo jurídico utilizado para las reglas, pues no se desentrañaría su naturaleza ni su alcance, por lo que este no reviste la característica de especificidad de las reglas y si la de generalidad de los principios.

.2.4 La referencia a la idea de derecho o a un derecho supremo.

Referirse a un derecho supremo o simplemente de derecho ha sido un tema filosófico que se debaten entre los *ius naturalistas* y los *ius positivistas* como se señaló con anterioridad.

Los *ius positivistas* no pueden concebir un derecho supremo, mientras que los *ius naturalistas* sí.

Para los *ius positivistas*, el derecho está constituido única y exclusivamente por reglas, descartando así al derecho supremo como principios o directrices basadas en la moral, la equidad o justicia siendo el mayor expositor de esta teoría Hans Kelsen o Montesquieu.

Sin embargo los *ius naturalistas* aceptan y conciben al derecho supremo ya que dicen que los principios forman parte del derecho y permiten alcanzar la aspiración del ser humano al aplicar el derecho que es la justicia.

Para Dworkin el Derecho está constituido con base en los principios y directrices que regirán la correcta interpretación de las reglas.

El *non bis in ídem*, ha encontrado su fundamento en la teoría *ius naturalista* de acuerdo a las últimas interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los propios doctrinarios.

En México toda norma o principio debe de buscar una interpretación jurídica basándose en los valores universales, máxime en esta nueva época para el Derecho mexicano en el que se reconocen todos los convenios y tratados internacionales de los que México es parte.

No quiere decir que el nuevo reconocimiento de los derechos humanos en nuestra carta magna sea el punto en el que se deben de aplicar los principios para interpretar la Ley como mandatos de optimización, pues ya se requería de una interpretación antes de esta reforma constitucional a los principios, pero si genera una positivación del *ius naturalismo*, más eficiente.

Al formar parte nuestro país de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y ahora estar reconocidos en nuestra constitución se fortalece la interpretación del *non bis in ídem* como principio que deja de lado la concepción de derecho de los *ius positivistas* y aplicando el *ius naturalismo* de Dworkin en México, sobre todo en que el *non bis in ídem* recoge como lo mencione con anterioridad el valor de la dignidad humana.

.2.5 La importancia para el ordenamiento jurídico.

Si partimos de la base de que los principios son la fuente de las reglas, la aplicación de las reglas por el operador jurídico siempre estará supeditada al respeto de los principios.

Como hemos visto, los principios deben de mantener una importancia mayor a las reglas tanto en el sentido filosófico (vistos como un derecho supremo) como en el sentido material de ser los principios el fundamento de las propias reglas, entendiendo fundamentar según la Real Academia de la Lengua Española “establecer, asegurar y hacer firme una cosa” y como fundamento “la razón o motivo con el que se pretende afianzar o asegurar una cosa”¹⁶

El *non bis in ídem* implica una importancia mayor a las reglas cuando hablamos de que este puede ser el fundamento de las mismas, es decir, la razón o motivo con el que se pretende asegurar o afianzar el sentido o la aplicación de una norma al caso en concreto.

Esto es así, pues como señalamos, el *non bis in ídem* es parte del valor de la dignidad humana y de este se desprenden varias reglas como fundamento o sentido de las mismas.

Tal es el caso de las reglas en que queda prohibido absolver de la instancia o en la que se establece el concurso aparente de normas, pues una aplicación errónea de dicho concurso por parte de los juristas estaría violando el principio aludido.

La existencia del *non bis in ídem*, no depende de su regulación, así, aunque en México se prevé en el artículo 23 de la Constitución y en diversos tratados internacionales, como el Pacto de San José, esto facilita su aplicación pero no determina su existencia.

En razón de lo anterior es que en un estado de Derecho Democrático el *non bis in ídem* debe tener mayor importancia que las reglas porque este neutraliza los intereses con los que regularmente se emiten las reglas, es decir es el límite razonable de la arbitrariedad de la regla emitida por el ser humano como se ha explicado.

En conclusión el *non bis in ídem* debe ser considerado como un principio basándonos en la importancia de este y los aspectos presentados con

¹⁶Real Academia

Española, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=fundamentar,significado>
fundamentar, septiembre 2017.

anterioridad, tanto en el sentido filosófico como en el sentido material como una restricción del poder legislativo por seguir el valor de la dignidad humana y perseguir los fines del estado como lo es la justicia, la equidad o la moral.

Es en la búsqueda de la justicia y la equidad de las personas por lo que evitar que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho debe ser considerado como principio, de lo contrario se pueden cometer excesos por parte del legislador en su carácter de ser fundamento de la norma.

Por otro lado, también se debe de tomar este principio como forma de interpretación de la ley, para que no se cometan excesos al momento de aplicarla en el caso concreto, ya que si no se usa una interpretación amplia del mismo para poder optimizar la ley, se dejaría de lado un derecho fundamental como lo es la propia dignidad humana.

.3 Reconocimiento del principio non bis in ídem en el derecho internacional.

Este principio ha sido reconocido en diversos tratados internacionales, de los cuales para efectos del estudio de este y la delimitación del tema nos centraremos en los tratados de los que México es parte, siendo La Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José y el pacto internacional de Derechos Civiles y políticos, de los cuales comenzaré con su análisis.

.3.1 Reconocimiento del principio non bis in ídem en el Pacto de San José

Por un lado el **Pacto de San José** nos señala en su artículo 8.4 que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos”, de esta manera se tiene estipulado el principio que nos ocupa.

Para el pacto de San José este principio se basa en hechos y no en delito, situación que permite una interpretación más amplia, pero a la vez se limita con respecto a las etapas procesales.

Esto se refiere a una sentencia firme, es decir, que para que se viole dicho principio se requiere llegar a una sentencia firme, sin embargo no menciona nada con respecto a que ocurriría si una persona es juzgada por el mismo hecho por dos delitos diferentes dentro de un mismo proceso. Es decir este artículo no nos señala nada con respecto a la etapa procesal de juzgamiento, o previa a la sentencia.

Incluso no genera claridad respecto a si en la misma sentencia se puede o no juzgar dos veces por el mismo hecho, situación que abre pauta a la interpretación de dicho artículo, puesto que se tendrá que interpretar si el

artículo se limitará con respecto a no volver a ser juzgado previo de la sentencia firme, al momento de dictar la sentencia o con posterioridad a la sentencia firme, que sería la interpretación más exacta que nos da dicho artículo.

Sin embargo para un estudio más sistematizado del *non bis in ídem* dentro de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dividiré los problemas de interpretación que pueden llegar a presentarse en los siguientes rubros, desarrollando cada uno:

.3.1.1 Sujetos beneficiados del *non bis in ídem*

Uno de los rubros a estudiar dentro de este artículo del Pacto de San José es el problema de los sujetos que podrán ser beneficiados de este, por lo que de interpretación a este artículo se refiere a que se establezca como único titular del *non bis in ídem* al “inculcado” y que lo único que parece prohibirse es el nuevo juicio, sin tomar en cuenta a las personas previamente condenadas y a su vez genera el problema de si este artículo solo protege a personas físicas o también jurídicas.¹⁷

El derecho internacional ha tomado en cuenta siempre las **cuestiones de equidad** de sujetos procesales, haciendo extensivas cada una de las normas que garantizan o reconocen derechos humanos. Sin embargo del artículo 8.4 del Pacto de San José se puede realizar una interpretación armónica con las demás disposiciones internacionales, solo que resultaría innecesaria, ya que la misma naturaleza del *non bis in ídem* aclara el punto, porque su esencia es de prohibir la doble sanción o el uso excesivo del poder del estado, en ese sentido solo se puede sancionar al inculcado siendo este el único sujeto procesal al que aplica dicha garantía.

Otro aspecto puntual que podemos analizar sobre el artículo en cuestión es que el derecho internacional también ha realizado la interpretación de expandir los derechos protectores de las penas sancionadoras a las que se establecen dentro del Derecho Administrativo, dando así mayor protección a los gobernados. Sin embargo este punto es más de cuestión de que materia que debe de aplicarse al *non bis in ídem* que a los propios sujetos beneficiarios del mismo.

El otro problema de los sujetos a los que se les aplica el *non bis in ídem* es si puede ser este aplicable de forma extensiva también a personas jurídicas y no solo a las físicas, lo que nos remite al problema interpretativo tan estudiado de “las personas jurídicas como sujetos de derechos humanos

¹⁷Ottaviano, Santiago, *La Garantía del Ne Bis In Idem, La prohibición de doble sanción...*, Porrúa, México, 2013, p. 151.

La Convención Americana y la comisión interamericana de derechos humanos se han pronunciado al respecto de la calidad de sujeto activo de las personas jurídicas en diferentes informes en los que se ha dado una negativa a las personas jurídicas, siendo el caso de MEVOPAL S.A. Uno de los más trascendentes en esta negativa, en el cual se analiza la competencia de la comisión basando sus argumentos en la definición de persona establecida como “todo ser humano”.¹⁸

La Corte Interamericana de Derechos humanos ha generado argumentos orientados claramente a garantizar los derechos de la convención para las personas jurídicas, fundamentándose principalmente en el artículo 8 que señala las garantías deben de ser en un proceso equitativo, apoya este criterio principalmente en el caso Cantos vs Argentina.¹⁹ En este caso se condena al estado Argentino de no haber respetado derechos humanos del señor José María Cantos, reconociendo así a personas jurídicas como agentes activos del delito.

.3.1.2 La doble punición o el doble enjuiciamiento

Este punto a desarrollar se presenta en virtud de que el artículo en cuestión de la Convención interamericana menciona exclusivamente al “imputado absuelto”, lo que nos limitaría de forma restringida la interpretación literal a que el non bis in ídem solo proteja el doble enjuiciamiento y permitiría que el imputado previamente condenado pueda ser condenado en múltiples ocasiones.

Es importante entrar a la interpretación realizada por los propios órganos Interamericanos para conocer si el non bis in ídem lleva de algún modo implícitas la prohibición de juzgar mediando condena previa, y la prohibición de doble sanción por los mismos hechos ya sea en el mismo o en diferentes procedimientos (vertiente sustantiva)²⁰, por lo que a continuación dividiremos las interpretaciones restringidas y las amplias.

¹⁸Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/99, caso MEVOPAL S.A., de 11 de marzo de 1999, párr. 15 a 20, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/inadmisibilidad/argentina.mevopal.htm>

¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, nro. 85, caso Cantos vs Argentina (excepciones preliminares), sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 22 a 31, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf.

²⁰Ottaviano, Santiago, *La Garantía del Ne Bis In Idem, La prohibición de doble sanción...*, Porrúa, México, 2013 p. 159

.3.1.3 Interpretaciones restringidas

Hay diferentes casos en los cuales los órganos Interamericanos han realizado interpretaciones restringidas con respecto a solo aplicar el non bis in ídem a la vertiente procesal, es decir a contemplarlo como una garantía de doble enjuiciamiento, únicamente garantizando los derechos a personas absueltas en una sentencia.

La interpretación restringida se puede observar en diferentes casos, tales como el de Allan García en el que se manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos basándose en que es un elemento constitutivo del principio que “El imputado debe de haber sido absuelto (...)”²¹

Este criterio restringido se ha repetido incluso por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la sentencia del caso *Cantoral Benavidez* y sobre el fondo del caso *Lori Berenson Mejía*.

Por su parte en el caso *Cantoral Benavides* se consideró no violada la garantía del non bis in ídem por cuanto el primer proceso no podía en general considerarse en general un procedimiento equitativo. Sin embargo esto nos deja entre abierta la puerta para considerar que la Corte no trató establecer en el caso *Cantoral* una interpretación general sobre dicho principio.²²

Por cuanto respecta al caso *Lori Berenson Mejía* no se halló violación al non bis in ídem porque, según se estableció, el tribunal local que intervino no había dispuesto una absolución, sino una declaración de incompetencia, reiterándose intrínsecamente la absolución previa como requisito indispensable para la garantía aunque al final no término expresamente señalándola como requisito indispensable, dejando así la puerta abierta para considerar una interpretación por ambas vertientes tanto procesal como sustantiva.²³

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 1/95, caso Alan García, párr. 3,

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.peru11.006.htm>.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 69, caso *Cantoral Benavidez vs Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 119, caso *Lori Berenson Mejía vs Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 202, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf.

Podemos observar en estos casos citados que aún y cuando emite una interpretación restringida deja puntos o interrogantes pendientes como para poder abrir otros puntos de debate que fijen una interpretación más amplia sobre el principio non bis in ídem.

Por otro lado existen otros puntos de vista e interpretaciones de estos mismos órganos amplia en todo sentido, mismas que analizaremos a continuación.

.3.1.4 Interpretaciones Amplias

Uno de los asuntos más trascendentes que podemos encontrar por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el caso *Loaiza Tamayo*, en el cual se afirmó que **“este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido previamente “procesados”**. El término resulta aplicable tanto a los casos de condena previa, como a los de absolución previa, además de tener su incidencia en la problemática de si la garantía comienza a operar cuando hubo juicio previo o cuando hubo proceso previo. En el caso, la víctima de las violaciones denunciadas había sido efectivamente absuelta por el tribunal local que actuó en primer término.²⁴

Dentro del caso *Tamayo* la Corte Interamericana se pronuncia con otra consideración que creemos trascendente para la interpretación del principio, pues señala que es incompatible con el artículo 8.4 de la Convención Americana la existencia de dos leyes penales que se referían a conductas no estrictamente delimitadas y que por tanto podían llegar a aplicarse ambas a los mismos hechos.²⁵

El punto de que dos leyes penales que se refieren a **conductas no estrictamente delimitadas y que pueden llegar a aplicarse ambas a los mismos hechos** nos lleva a una interpretación todavía más amplia del non bis in ídem, e incluso puede ser otro punto que sustente la teoría final de este trabajo, en el sentido de que el concurso aparente de los delitos de asalto y robo en el Estado de Hidalgo por no estar estrictamente delimitadas puedan llegar a aplicarse ambas figuras a los mismos hechos, llevándonos a una violación del non bis in ídem.

Lo que nos hace estudiar más afondo el punto sobre lo que para la Corte Interamericana definió como “normas que no están estrictamente delimitadas”.

²⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 33, caso *Loaiza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 66, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf.

²⁵Idem. Párr. 68.

Otro punto importante que nos lleva a una interpretación amplia por parte de los organismos internacionales de Derechos humanos es lo que la Corte Interamericana de derechos humanos ha reconocido como “proceso equitativo”, esto significa proceso con las debidas garantías, mismo que nos llevaría a buscar el sentido y alcance de ellas.

Es así que un estado no únicamente debe de velar las garantías mínimas de las personas, si no que deberá de ir más allá en su interpretación y consideración a las mismas cuando respecta sobre los Derechos Humanos atendiendo el principio también denominado pro persona.

De esta forma el proceso equitativo, tiene como funciones la de servir como criterio rector del conjunto de las garantías consagradas y como criterio independiente para analizar las conductas realizadas por los estados parte si son o no violatorias o restrictivas de los derechos humanos.²⁶

La Corte Interamericana está obligada a seguir este criterio, basándose también en las interpretaciones que esta misma ha hecho del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, esto en atención al artículo 64, párr. 1 de la propia Convención Americana que señala que los estados miembros de la OEA pueden excitar la competencia consultiva de la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de los otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos, varios estados americanos son miembros del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, incluyendo a México, es por eso la Corte lo considera como uno de los tratados que protege los Derechos Humanos en la Región.

Por lo anterior pudimos observar los diferentes criterios que tienen los organismos internacionales del artículo 8.4 del pacto de San José, dejando así un camino abierto para la interpretación tanto amplia como restringida, sin embargo llegaremos adelante a la conclusión de cual es más correcto aplicar atendiendo las diferentes interpretaciones doctrinales, mismas que serán analizadas de forma más amplia en apartados siguientes.

.3.1.5 Hechos o delitos

Otro punto importante a analizar en cuestión interpretativa del Non bis in ídem es si en la Convención Americana se habla de hechos o delitos, en virtud de que se considera por parte de la Doctrina que “hechos” es más amplio que Delitos.

²⁶Ottaviano, Santiago, *La Garantía del Ne Bis In Idem, La prohibición de doble sanción...*, Porrúa, México, 2013, p. 165.

La consideración de que la palabra hechos es más amplia que la de delito ha sido resaltada por la Corte Interamericana, dentro del caso Loaiza Tamayo²⁷, ya que el lenguaje usado es diferente y comparado entre la Convención Americana con el usado en el artículo 14, párr. 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, donde se habla de Delitos.

En dicho caso Loaiza Tamayo se puede interpretar que la prohibición del Non bis in ídem no solamente opera cuando se pretende juzgar de nuevo a una persona por los mismos hechos, bajo la misma clasificación legal, sino también cuando el segundo proceso por idéntico accionar se lleva adelante sobre la base de las disposiciones de normas penales diferentes.

Es así como podemos concluir que la interpretación de la Corte sobre el non bis in ídem es sobre los mismos hechos, quedando claro que “hechos” es más amplio que la palabra “delito”, sin embargo no podemos llegar a un límite concreto o bien definido de la palabra hechos, ya que conllevaría realizar una interpretación jurídica previa, observando los tipos penales aplicables, su clasificación, las reglas concursales, los criterios sobre delito continuado, etc..., tal como lo realizaremos para efecto de este trabajo con respecto a los delitos de Asalto y Robo regulados en el código penal para el Estado de Hidalgo.

.3.2 Reconocimiento del principio non bis in ídem en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del Hombre

Como lo señalamos en líneas anteriores, México también suscribió el **Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del Hombre**, del cual comenzaremos su interpretación con base al principio de estudio, el cual establece en su artículo 14.7 que **“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya absuelto o condenado por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”**.

Así la interpretación de este pacto podemos observar que es más cerrada, atendiendo a que ya está hablando únicamente de delito y no de hecho como tal, por lo que contrapone mi hipótesis, sin embargo también genera mayor amplitud en el sentido de que también se refiere a personas condenadas a diferencia del pacto de san José, ya que este solo hablaba de las personas que ya habían sido absueltas.

²⁷Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 1/95, caso Alan García, párr. 3,
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.peru11.006.htm>.

Por otro lado este principio también se muestra con un carácter de complementariedad de la ley, mismo que da el carácter de principal a las legislaciones del procedimiento de cada país miembro.

Sin embargo el problema de interpretación amplia o cerrada sigue mostrándose en el pacto, por lo que también tendrá que ser analizado basado en la doctrina.

Hay que tener en cuenta que el organismo de interpretación de este pacto no ha sido del todo generoso, ya que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas no ha realizado mucha fundamentación con respecto al principio.

Y al igual que el Pacto de San José comenzaremos a hacer un análisis de este principio, atendiendo los puntos siguientes:

.3.2.1 Sujetos beneficiados del Non bis in ídem.

Con respecto a este punto es evidente que el principio non bis in ídem es protector únicamente del sujeto activo del delito, aún y cuando inicia con el término “*nadie*”, *dando una generalización de individuos, sin embargo, con posterioridad en la misma redacción del artículo se puede inferir que solo protege a dicho sujeto*, toda vez que se refiere a “juzgado, sancionado, absuelto o condenado”.

Así también de la interpretación literal se desprende que el Pacto refiere a este principio como protector tanto de las personas que se encuentran sometidas a juicio como a las personas que ya han sido sentenciadas como culpables o inocentes.

De lo anterior podemos observar que el único problema interpretativo del principio se basa en si este protege solo a individuos o también protege a personas jurídicas, por lo que nos obliga a realizar una interpretación de las diferentes disposiciones del pacto como las interpretaciones que ha hecho el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Comenzando con el estudio de las disposiciones del Pacto en cuestión en su artículo 2, solo se refieren a las violaciones que afectan a individuos, no así a entes jurídicos o colectivos.²⁸

Sin embargo, el Comité realizó una interpretación con respecto a este problema de protección de personas físicas o jurídicas del Pacto, siendo que esta interpretación únicamente acepta como beneficiarios de los derechos del pacto a los individuos, puesto que el pacto no menciona o reconoce los derechos de las personas jurídicas o colectivas, pero señala que muchos de los derechos reconocidos en el pacto pueden ser disfrutados de forma colectiva como la

²⁸(Pacto de San José, Artículo 2).

libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias, la libertad de asociación, o los derechos de las minorías²⁹.

Es decir que la interpretación con respecto al tipo de personas que este pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, protege únicamente a individuos y en caso de que estos se encuentren asociados, se protegerán los derechos de cada persona humana perteneciente a dicha asociación, no generando derechos autónomos como tal para las personas morales.

.3.2.2 La doble punición o el doble enjuiciamiento.

En este pacto podemos observar que la garantía expresamente nos habla tanto de la prohibición de la doble sanción como del doble enjuiciamiento, dando lugar así a una protección amplia, ya que protege tanto la vertiente procesal como la sustantiva.

Es decir que prohíbe el non bis in ídem que una persona que ya ha sido sancionada previamente no vuelva a ser sancionada, ya sea que se le haya condenado o absuelto, protegiendo aquí la vertiente sustantiva que mencionamos con anterioridad.

Por otro lado también prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho o delito (situación que analizaremos adelante), sin embargo, podemos observar que el pacto al hablar de “juzgar”, nos habla de una cuestión procesal, ya que esta palabra engloba el proceso mismo para poder condenar o absolver a una persona, entendiendo a esta interpretación como una protección procesal.

.3.2.3 Hechos o delitos

Como ya lo mencionamos con anterioridad el hablar de hechos es más amplio que hablar de la protección del non bis in ídem por los mismos delitos, por lo que es trascendente para este trabajo profundizar en este tema con respecto a la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Hombre.

Este pacto, si lo estudiamos literalmente con base en el non bis in ídem, pareciera ser muy claro que habla de no ser juzgado dos veces por el mismo delito, sin embargo, podemos encontrar distintas interpretaciones del mismo que nos llevan a entender al principio en cuestión como la prohibición de no

²⁹ Comité de Derechos Humanos, *Observación general no. 31 (General Comments): Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados partes en el pacto*, de 26 de mayo de 2004, parr.9.

juzgar o sancionar dos veces por el mismo hecho, siendo esta una interpretación más amplia.

Dentro de estas interpretaciones amplias podemos encontrar en el caso Terán Jijón, en el cual un sujeto acusado de ser cómplice en el robo de un banco fue condenado a una pena de un año de prisión, pero poco antes de esa condena se iniciaron nuevas acciones penales por el delito de tenencia ilícita de arma de fuego, la madre del sujeto imputado reclamó violarse el principio del non bis in ídem, por tratarse de los mismos hechos, ya que las armas se le encontraron en su posesión al momento de la detención por haber robado el banco³⁰.

De dicho caso el estado se pronunció en el sentido de que no se vulneraba el principio en cuestión, sin embargo, una sala de la propia Corte Suprema se pronunció en el sentido de que sí se violaba el non bis in ídem.

Por su parte el Comité señaló que si se refería a un elemento concreto del asunto examinado en el primer juicio, pero que no se había sancionado ni juzgado aun por segunda vez.

Lo anterior nos muestra que la sala local estima que no se debe juzgar por los mismos hechos y en cuanto a la pronunciación del Comité nos refiere lo mismo, solo que pronunciándose en el sentido de que se requiere que exista una condena o absolución previa para que aplique el non bis in ídem.

También podemos encontrar un informe sobre Portugal que nos daría un indicio si el principio se refiere a hechos o delitos, en el cual el Comité evalúa negativamente la existencia de una ley donde estaba prevista la imposición de condenas y penas agravantes para los delincuentes habituales, o para aquellos que tuviesen pronóstico de reincidencia, y se pronunció en que este aspecto va en contra del non bis in ídem³¹.

Podemos observar que en este informe el comité se inclinó a la postura de hecho y no de delito referente al principio en cuestión, esto ya que si se interpretara como delito estaría acorde con el non bis in ídem, ya que la reincidencia o el ser habitual delincuente se contemplaría como una agravante

³⁰Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón vs Ecuador Comunicación no. 277/1988, U.N. Doc. CCPR/C/44/D/277/1988, observaciones finales del 26 de marzo de 1992, párr. 1.4,

http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2015/01/1992.03.26_No.277.1988_Marieta-Ter%C3%A1n-Jij%C3%B3n-v.-Ecuador_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf

³¹ CDH, concluding observations of the human Rights Committee (Macau) :

Portugal, del 04 de noviembre de 1999 (CCPR/C/79/Add.115),

<http://www.ohchr.org/EN/Countries/ENACARegion/Pages/PTIndex.aspx>

de delito, por lo que sería legal, sin embargo, se juzga por el mismo hecho, ya que al reincidir se volvería a castigar un mismo hecho.

Hay otra Observación del Comité que nos puede dar mayores herramientas para interpretar al non bis in ídem en relación a si nos habla de hechos o delitos según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del hombre, esto en la Observación General No. 32, en la que señala que una persona que se niega sistemáticamente a incorporarse a las filas del servicio militar obligatorio por razones de conciencia, son equiparables a las sanciones por el mismo delito, es decir que se violaría al non bis in ídem si se sanciona como delito a cada negativa en el caso de ser por la misma razón de conciencia.

De las anteriores interpretaciones realizadas por el comité concluimos que con las pocas interpretaciones del mismo, nos lleva refiere a “hechos”, por lo que se amplía la protección del non bis in ídem.

Es así como podemos ver que este principio no solo se encuentra regulado a nivel nacional, sino también a nivel internacional, de manera que genera obligatoriedad para el estado Mexicano la aplicación de este, mas no se puede decir que de forma explícita marque a favor de la hipótesis planteada en esta tesis.

A pesar de ser un tanto claros los artículos mencionados, el derecho internacional y los tratados también son materia de interpretación jurídica, como se realizó con anterioridad.

Como bien sabemos estos tratados internacionales actualmente son parte de nuestro Derecho Penal Vigente en México ya que la propia constitución los reconoce en su artículo primero.

Aun y cuando se generó la controversia de que ordenamiento tendría preponderancia sobre el otro (tratado o Constitución), en caso de que estos se contrapongan, a pesar de existir el principio pro persona consagrado en el mismo artículo, la corte ha señalado que deberá hacerse una interpretación de ambas, pero al final si no se logra una interpretación armónica de estos con el principio pro persona, se aplicará lo señalando en la Constitución, lo anterior tal como lo señala la siguiente jurisprudencia.

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.

Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de derechos humanos contenidas en los **tratados internacionales** y en la **Constitución** Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la **Constitución** Federal, como en los **tratados internacionales**, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la **Constitución** una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional (jurisprudencia 2006224).³²

Con lo anterior concluimos en la vigencia en nuestro derecho penal de los tratados internacionales de los cuales México es parte, que aunque se ha generado en la controversia señalada con anterioridad la observancia tanto del pacto de San José, como del Pacto internacional de derechos civiles y políticos del hombre son de observancia obligatoria en nuestro País.

Así también este principio general del derecho Non Bis in ídem también se encuentra regulado en nuestra constitución política como en el código federal de procedimientos penales y diversas legislaciones locales, situación que genera un mayor reconocimiento del principio como lo especificaré a continuación.

Sin embargo este principio no genera una restricción expresa por la constitución como lo mostraré más adelante, sino que deja abierto a la interpretación el alcance de este principio, como lo hace tanto el pacto de San José, como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos del hombre.

.3.3 Reconocimiento del principio non bis in ídem en la legislación mexicana.

La Constitución Política de Los estados Unidos Mexicanos, reconoce expresamente este principio como lo mencioné con anterioridad, así como en diferentes legislaciones tanto en el Código Penal Federal como leyes locales de la materia procesal penal.

³²Jurisprudencia. 1a. Sala 1a. /J. 29/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Abril del 2015, p.240.

Sin embargo es importante realizar un estudio de la interpretación que se le ha dado a este principio en nuestro país con base a este reconocimiento y así observar la amplitud valorativa que se la ha dado por la jurisprudencia y por las propias leyes, realizando una cierta comparación con otros países que lo reconocen.

Esto nos daría el punto de partida para entender la postura teórica del mismo en nuestro país y hasta qué punto se ha llegado a su análisis por parte de los creadores de las Leyes y de la misma corte y que tanto han logrado alcanzar el valor universal de la dignidad humana perseguido por este.

Es importante el estudio interpretativo del principio como juristas en el sentido de encontrar el fin último del Derecho como lo es la justicia, la equidad y la moral, ya que si este no se hace se dejaría la valoración libre al arbitrio de seres humanos con intereses que pueden afectar tanto la creación, interpretación o la valoración de la propia ley.

Comenzare primordialmente con lo que señala nuestra Carta Magna con respecto al principio en cuestión y esta lo regula dentro de su artículo 23, mismo que me permito citar para fines ilustrativos.

Artículo 23. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.

Como podemos observar de la redacción del artículo que lo contempla, nuestra constitución únicamente nos señala la cuestión material del doble enjuiciamiento y doble condonación, siendo esta una definición restrictiva, al igual que otros países como lo son Alemania o Estados Unidos en sus leyes, mismas que cita el autor Raúl F. Cárdenas Rioseco, comenzando por la Alemana que en su artículo 103, III, apunta: "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho", o bien en la de los Estados Unidos acerca del "doublejeopardy".³³

Sin embargo existen países como España que ni siquiera lo contemplan expresamente dentro de sus constituciones, pero que la jurisprudencia de este lo reconoce como principio y como garantía de seguridad jurídica del inculpado, considerando solamente un ámbito puramente procesal, que cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite,³⁴ por lo que también consideraremos como otra interpretación restrictiva tomando en cuenta las interpretaciones doctrinarias más avanzadas que amplían el sentido del principio y que estudiaremos más adelante.

³³Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El Principio Non Bis in Idem*, México, Porrúa, 2005, p. 8.

³⁴Maier, B.J. Julio, *Derecho procesal penal, I Fundamentos*, Editores del puerto, Buenos Aires, Segunda Edición, p. 599.

Continuaremos con lo que señala el Código Penal Federal con respecto a este principio y este o regula en su Capítulo Noveno, denominado: “existencia de una sentencia anterior dictada en un proceso seguido por los mismos hechos” señalando dentro de este en el artículo 118 lo siguiente:

Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquel, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que este conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término.

En este precepto podemos ver también una interpretación restrictiva aunque en este se recogen tanto la prohibición material de la doble sanción y condonación, así como el aspecto procesal del mismo principio.

Por otro lado realizando un estudio más amplio y a manera de crítica de este precepto, es importante darnos cuenta que este no debería de encontrarse regulado en el Capítulo Noveno del Código Penal Federal, insertó a su vez en el Título Quinto del Libro Primero, que declara como *causa de extinción de la responsabilidad penal la existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos*, coincidiendo con la observación realizada por el autor Pavón Vasconcelos.

Es un error de estructuración jurídica de esta ley que se incluya al non bis in ídem dentro del Título Quinto antes mencionado, porque no se extingue técnicamente ninguna responsabilidad penal puesto que son cosas muy diferentes la suspensión y la invalidez de un procedimiento, que son cuestiones claramente procesales a la extinción de alguna responsabilidad, pues estaríamos hablando ya de una situación sustantiva.³⁵

Otra legislación expresa en nuestro país del non bis in ídem lo es el Código Penal Federal, quien a su vez lo regula dentro del Título Quinto “extinción de la pretensión punitiva y de ejecutar las penas y medidas de seguridad”; en el Capítulo XII “Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos”; siendo el artículo 122 el que establece lo siguiente:

Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se absuelva se le condene.

Cuando existan en contra de la misma persona y por la misma conducta:

³⁵Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, Porrúa, México, 1997, p.718.

- I. Dos procedimientos distintos, se archivará o sobreseerá de oficio el que se haya iniciado en segundo término;
- II. Una sentencia y un procedimiento distinto, se archivará o sobreseerá el procedimiento distinto; o
- III. Dos sentencias, dictadas en procesos distintos, se hará la declaratoria de nulidad de la sentencia que corresponda al proceso que se inició en segundo término y se extinguirán sus efectos.

Es así como nos damos cuenta que en este Código para el Distrito Federal es uno de los que maneja mayor amplitud regulatoria sobre el non bis in ídem.

El código del Distrito Federal regula situaciones tanto de la doble ejecución o absolución de sanción, así como del ámbito procesal (dos procesos distintos; una sentencia y un procedimiento y dos sentencias). Sin embargo por razones que expondré más adelante continuamos considerándola como restringida.

Pasando a la cuestión interpretativa del principio Non bis in ídem realizando un estudio de la Jurisprudencia en nuestro país podemos darnos cuenta de que la corte se ha quedado limitada en la interpretación del principio en cuestión, toda vez que ha seguido fielmente con la interpretación restringida de la que se ha hecho alusión en la Constitución y leyes analizadas en este apartado.

La situación interpretativa restringida a la que nos referimos es como lo señala Raúl F. Cárdenas Rioseco maneja con efectos exclusivamente negativos; y consisten en impedir otro nuevo juicio sobre el mismo objeto procesal, mismo sujeto y que haya sido resuelto por sentencia firme.

Nuestra corte en la jurisprudencia no ha querido aceptar la interpretación más amplia que le quitaría el adjetivo de restringida, lo que la doctrina le llama *vertiente procesal*, ampliando este principio para impedir ya no sólo la aplicación de una pena por un mismo hecho, sino también la reiterada exposición al riesgo de que el inculpado continúe siendo acusado por los mismos hechos, independientemente de que exista o no sentencia ejecutoriada.³⁶

Esta forma de interpretación limitada y no observadora de la amplitud del principio al que dota la doctrina más avanzada se ha visto mostrada también por parte de los Tribunales Federales, siguiendo la misma

³⁶Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El Principio Non Bis in Idem*, México, Porrúa, 2005, p. 11.

línea de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal como se muestra a continuación:

“NON BIS IN IDEM. RESOLUCIONES COMPLEMENTARIAS QUE NO VIOLAN EL ART. 23 CONSTITUCIONAL. Si bien es verdad que la garantía que otorga el artículo 23 Constitucional es que no se juzgue dos veces a una persona por los mismos hechos delictuosos, esto no sucede si por error del Tribunal de Alzada se dejaron de estudiar en la primera resolución los agravios que se hicieron valer en tiempo, y para subsanarlo, se dicta una segunda resolución en la que se hace un análisis de los mismos, y con más razón cuando en la misma se beneficia al inculpado, y en los puntos resolutivos se dice que la misma forma parte de la sentencia anterior”(tesis 236884).³⁷

Esta resolución de amparo considero es flagrantemente violatoria del non bis in ídem, esto porque no se puede obtener una sentencia firme y posteriormente emitir otra que afecte al imputado, pues violaría directamente la seguridad jurídica del inculpado ya que permitiría subsanar fallas del propio tribunal o incluso hacerlas ver como fallas por el simple hecho de que al arbitrio del juzgador exista error dándole una interpretación a este para buscar intereses alejados de la justicia, la equidad o la moral.

NON BIS IN IDEM. VIOLACIÓN NO COMETIDA A LA GARANTÍA DE. La mera determinación del Tribunal de Apelación consistente en ordenar la remisión de las constancias de autos a la autoridad del fuero común, para que resuelva en definitiva lo que en derecho proceda, solo con relación a uno de los delitos del proceso habiendo anulado el fallo de primer grado sobre el particular, no puede significar que al inculpado se le vaya a juzgar dos veces por dicho delito. En efecto, se trata de un mandamiento de tramitar un incidente de competencia que no puede, desde ningún punto de vista, ser estimado como un doble juicio de la responsable, menos aun cuando la sentencia de primer grado no causó estado (tesis 234951).³⁸

El hecho de que la sentencia de primer grado no cause estado no significa que se pueda remitir nuevamente a la autoridad del fuero común las constancias procesales para su estudio y resolver en definitiva, puesto que

³⁷Amparodirecto 58/70. Antonio Paz González. 2 de junio de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo Fernández. Séptima Época: vol. 19, Segunda parte, Pág. 35.

³⁸Amparodirecto 7006/72. José Enrique García Dávalos. 6 de abril de 1979, 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Sostienen la misma tesis: Amparodirecto 328/78. Raymundo Ruiz Herrera. 6 de abril de 1979. 5 votos. Séptima Época: vols. 121- 126, Segunda parte, Pág. 111. Precedente: Apéndice de Jurisprudencia 1917 – 1965, segunda parte, tesis Núm.23, Pág. 76. Véase Séptima Época: Vol. 3, Segunda Parte, Pág. 77.

afectaría la esencia del propio principio del que incluso fue dotado desde sus orígenes como lo vimos en los propios antecedentes del mismo remontándonos al Derecho bajo la denominación de ³⁹“bis de eadem res nesitactio”, (la cosa juzgada se considera como verdad). Si lo juzgado se considera como verdad, no puede volver a juzgarse por la misma autoridad o entrar al estudio de un delito, dejando en una completa inseguridad jurídica al sentenciado.

Este antecedente es muy importante como una de las primeras interpretaciones del non bis in ídem y que marcan un primer sentido y objetivo del mismo.

También haciendo una comparación del mismo, diferentes autores como Cárdenas Rioseco Raúl o Enrique Díaz Aranda dicen que este principio debería de ser analizado de una forma más amplia, ya que nos dice que la función esencial del non bis in ídem, es que la sanción sea proporcional al injusto cometido o evitar una reacción desproporcionada frente a una conducta ilícita, para evitar una sobrerreacción del orden sancionador⁴⁰, tal como lo señala la doctrina y más adelante se estudiará, concluyendo y partiendo del rezago interpretativo de él non bis in ídem dentro de nuestra constitución, Leyes y criterios jurisprudenciales y resoluciones de amparo.

.4 Disyuntiva del principio general del derecho “non bis in ídem.

Para comenzar al estudio del planteamiento del problema en la presente tesis comenzaré analizando el principio general del derecho “non bis in ídem”.

Este principio se ha interpretado en nuestro país de diferentes formas, lo que nos lleva a analizar cada una de estas interpretaciones y generar así una conclusión que nos lleve a su mayor comprensión, es decir que como lo señale con anterioridad nos dedicaremos a generar una interpretación del verdadero sentido del non bis in ídem.

Este trabajo se basa en la interpretación del principio general del derecho non bis in ídem en contraposición con la coexistencia de los delitos de

³⁹Maier, B.J., Julio, *Derecho procesal penal*, Segunda Edición, Buenos Aires, 1969, Editores del Puerto, s.r.l... p.288.

⁴⁰Cárdenas Rioseco, Raúl, *El principio Non Bis In Idem*, Porrúa, México, 2005, p.

asalto y robo. Lo anterior basándome en una interpretación amplia de este principio, sin embargo el problema es si el verdadero sentido del principio podría llegar a dicha contraposición, lo cual genera una disyuntiva entre la interpretación que han generado diferentes juristas e incluso los tribunales colegiados, misma disyuntiva que para efectos del presente trabajo presento a continuación.

Comenzaré analizando lo que señala el autor Enrique Díaz Aranda, ya que esta definición es parte de mi hipótesis en el presente trabajo, por lo que me permito comenzar con su interpretación al principio y posteriormente desarrollar una interpretación propia basándome en otros autores, la legislación penal nacional e Internacional. Él nos habla en su libro de Derecho Penal Parte General lo siguiente:

⁴¹Sus consecuencias no solo se limitan a prohibir que un mismo sujeto sea sancionado penalmente dos o más veces por el mismo hecho (por ejemplo, condenar dos veces el mismo homicidio), si no también evita que los mismos hechos sean valorados en su conjunto para imputar un delito y una parte de ellos sirva para imputar otro delito más; así sucedería si se quisiera sancionar tanto la conducta principal como los medios empleados. Lo anterior este autor lo fundamenta con la jurisprudencia de la 5a época que habla del disparo de arma de fuego y lesiones.

Fue imprescindible para mi comenzar con esta interpretación, ya que me servirá como punto de partida para el estudio y el sustento de mi hipótesis que es: “el asalto y robo en el estado de Hidalgo contraponen el principio general del derecho “Non bis in ídem”.

Lo anterior nos muestra dos formas en las que se debe de interpretar o entender el principio general del derecho, y en su segunda interpretación maneja que no pueden concurrir dos delitos en un solo hecho cuando uno de estos es el medio empleado para realizar el otro delito, lo anterior visto desde el sistema finalista del Derecho Penal.

Esta segunda interpretación sustenta mi hipótesis con respecto a la concurrencia que existe del delito de Asalto y Robo en el estado de Hidalgo, esto porque la finalidad del asaltante es el delito de robo, sin embargo hay otra tesis aislada que hablan con respecto a el asalto y robo, señalando que el asalto es un delito de terminación anticipada, y al interpretarlo de esta manera, genera una disyuntiva en la interpretación y dejaría sin sustento mi hipótesis, ya que al señalar que el asalto es de terminación anticipada, ya que basta con que la conducta del activo este encaminada a obtener el propósito o fin deseado, por lo que de esta forma no se violaría el principio ya que podrían concurrir el asalto y el robo, por lo anterior me permito citar dicha tesis aislada que genera una interpretación diferente a mi hipótesis.

⁴¹Díaz Aranda, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, tercera edición, México, 2012, pp.89 y 90.

⁴²ASALTO. AL SER DICHO DELITO DE RESULTADO ANTICIPADO PARA SU INTEGRACIÓN BASTA QUE LA CONDUCTA DEL ACTIVO ESTÉ ENCAMINADA A OBTENER EL PROPÓSITO O FIN DESEADO, AUN CUANDO POR CAUSAS AJENAS A SU VOLUNTAD NO LO LOGRE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).

El artículo 174 del Código Penal para el Estado de Hidalgo sanciona a quien haciendo uso de la violencia sobre una o más personas, con el propósito de causarles un mal o exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito lo acometa en determinados lugares. Ahora bien, si el sujeto activo acometió a la víctima mediante el uso de la violencia con dicho propósito, el cual no logró por causas ajenas a su voluntad, como fueron la resistencia del ofendido y la intervención de los agentes policíacos, ello no constituye una tentativa punible, sino la consumación del delito de asalto, toda vez que al tratarse de un ilícito de resultado anticipado (atendiendo al bien jurídico tutelado) para su integración no se requiere que los actos lleguen hasta obtener la totalidad del propósito o fin deseado, pues basta la simple conducta encaminada a ese fin para la actualización del tipo.(Tesis: XXIX.2o.7 P)

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 495/2007. 24 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Vélez Martínez. Secretario: Guillermo Tafoya Hernández.

Lo anterior centra el problema en cuál de las dos figuras es más correcto emplear y si contrapone o no al principio la concurrencia de los delitos de Asalto y robo.

Por lo que para poder elegir uno de estos dos caminos comenzaré con un análisis del principio general del derecho, de donde surge y desentrañar el sentido del mismo con las diferentes teorías para poder llegar a una conclusión y una opinión crítica a dicha disyuntiva, esto no sin antes analizar los alcances y regulación del principio, tanto en el Derecho Internacional como en el Interno para el estado mexicano.

.5 Teorías interpretativas del principio non bis in idem

⁴² Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 1675.

Para concluir este tema, se requiere analizar las diferentes teorías interpretativas de la aplicación del principio que se estudia, principalmente las que se basan en entender en qué casos este principio aplica y hasta donde podemos hablar de “mismo delito”, ya que es el punto principal a desentrañar dentro del presente trabajo.

Dentro de las diferentes teorías que interpretan al non bis in ídem es importante analizar las más importantes para la doctrina, tanto las que restrinjan la aplicación del principio, como las que lo interpreten en un sentido general, siendo las siguientes.

.5.1 Teoría de los elementos

Esta prueba es explicada, analizada y criticada por **Alfredo Haro Goñi**, nos dice también que para corroborar si estamos en presencia de dos delitos nos debemos ceñir en si para el segundo delito se requieren o no otros elementos del delito.

Por otro lado el autor antes citado señala la falla tan grave que tiene este delito y puede prestarse a que un mismo resultado sea castigado dos veces, dando el ejemplo de que si una persona que atropella a otra privándola de la vida y sea condenada por homicidio culposo; posteriormente al tener elementos para acreditar el dolo, es condenada por homicidio doloso⁴³.

Esto en el sentido de que se requieren los mismos elementos del homicidio doloso como del culposo, dejando esta teoría fuera de este tipo de supuestos a la aplicación del non bis in ídem.

Por lo que deja en estado de indefensión a la persona en el caso señalado con anterioridad y la misma no es clara ni da la certeza que se requiere para la interpretación del non bis in ídem.

.5.2 Triple identidad

Esta teoría para poder interpretar al principio non bis in ídem es propuesta por la doctrina Española, que a su vez ha sido adoptada por juristas mexicanos.

⁴³Haro Goñi, Alfredo, *El Non Bis in Idem en México*, editorial Tirant lo Blanch, 2012, pp. 47 y 48.

La teoría de la triple identidad consiste en que para que se considere como el mismo delito se debe analizar tres puntos, como lo son el mismo sujeto, el mismo hecho y el mismo bien jurídico tutelado⁴⁴.

Es necesario señalar que cuando se habla de mismo sujeto se refiere a la persona que realiza la conducta, ya sea de acción u omisión, esto evidentemente del sujeto procesal al que protege el principio.

Por otro lado hablar del mismo hecho, es un punto que se requiere dentro de esta teoría nos lleva a un punto de análisis de que se deberá de entender por un mismo hecho, es decir cuando dejamos de hablar de un hecho delictivo y comenzamos a hablar de otro, un ejemplo es una persona que es amagada por otra, con un arma de fuego, para que el sujeto pasivo entregue sus pertenencias al sujeto pasivo, es importante analizar si un hecho es el amagar a otra y otro hecho es apoderarse de sus pertenencias.

Por el ejemplo descrito con anterioridad es que podemos criticar en este punto a esta teoría, ya que no define o determina cuando hablamos de un mismo hecho o no.

Así mismo al analizar esta postura del non bis in ídem con respecto al tercer elemento de identidad que se debe de observar para que se interprete correctamente el principio en cuestión correspondiente al elemento jurídico o mejor llamado bien jurídico tutelado.

Esta teoría es criticada por el autor Alfredo Haro Goñi, toda vez que considera que el bien jurídico es indeterminado, puesto que entramos en una interpretación subjetiva para determinar este objeto jurídico, es decir que puede haber tantos bienes jurídicos que tutelen un delito como el número de autores que hablen del mismo.

Un ejemplo que pone dicho autor es la diferencia de criterios que existen entre los diferentes autores en México del tipo penal de fraude procesal.

Según Raúl Cárdenas Rioseco y Zamora Pierce el fraude procesal puede tutelar el bien jurídico del patrimonio, así como la administración y procuración de justicia; mientras que para González Salas Campos el bien jurídico tutelado es la Fe pública, así también cita a Requena, quien considera que este tipo penal tiene quince bienes jurídicos tutelados.

Es por lo anterior que Haro Goñi considera que esta postura interpretativa del non bis in ídem es insostenible, pues deja en un estado de indefensión al gobernado o a quien se vaya a aplicar el principio, puesto que basta con que la

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

autoridad señale en un caso concreto que el bien jurídico es distinto para que se vuelva a juzgar a una persona sobre el mismo hecho⁴⁵.

Es por los dos puntos analizados con anterioridad podemos considerar que esta teoría no interpreta correctamente el principio de estudio, uno por que no determina claramente que debemos entender por el mismo hecho, ni tampoco podemos tener una certeza jurídica con respecto a el mismo bien jurídico tutelado.

.5.3 Mismo Delito es Igual a delitos idénticos. Corriente letrística o nomen iuris

Esta teoría la considero un tanto cerrada a la literalidad de la norma, es decir que solo protege el non bis in ídem impidiendo que posterior a un juicio seguido por un delito específico, no se pueda llevar otro juicio por el mismo delito, es decir que se cierra a que si se procesó por homicidio, no se pueda procesar después únicamente por homicidio, lo que nos lleva al absurdo de si se configuran dos tipos penales se puede procesar en dos diferentes juicios e incluso en diferentes momentos.

Este principio no es tan restringido, toda vez que si se comete un delito mayor no se puede juzgar con posterioridad de delitos menores que se encuentren dentro de la misma conducta, sin embargo si se juzga por un delito menor, si se puede juzgar con posterioridad de los delitos mayores, ya que estos no se contienen dentro de los menores evidentemente.

Sin embargo, como bien lo señala el autor que se cita en múltiples ocasiones Haro Goñi, esta teoría no puede tomarse como correcta, toda vez que señala que la garantía del non bis in ídem sería ilusoria, pues se referiría únicamente a la clasificación legal y no al contenido real de la conducta o el hecho, misma que es la que se regula dentro de la ley penal, es decir la conducta punible.⁴⁶

.5.4 Teoría de la evidencia ex post.

Esta se basa en que si son las mismas pruebas que se utilizan para acreditar los delitos nos encontramos vulnerando el principio, sin embargo, es criticada, ya que si el órgano acusador Ministerio Publico o Fiscal logran separar las pruebas para acreditar la conducta típica del sujeto activo, según esta teoría se respetaría el non bis in ídem, dejando en estado de indefensión al sujeto activo⁴⁷.

Como ejemplo al caso en concreto que nos ocupa del delito de asalto y robo al aplicar esta teoría, se podrían acreditar por separado el uso de la violencia que

⁴⁵*Ibidem*, p. 50.

⁴⁶*Ibidem*, p.97.

⁴⁷*Ibidem*, p.57.

requiere el asalto, sin embargo no se podría acreditar por separado el propósito de causar un mal o exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito que buscaba el sujeto activo, mismo que requiere el delito de asalto, con una diversa prueba ya que se tendrá que corroborar el fin ilícito como puede ser el delito de robo, o cualquier fin ilícito.

Por lo que si bien es cierto que esta teoría apoyaría la hipótesis de este trabajo, también es cierto que analizada la misma y atendiendo el punto, señalado en el primer párrafo de esta teoría, dejaríamos el trabajo de separación de pruebas al fiscal, sobre todo si logra allegarse de más pruebas diferente que acrediten los dos tipos penales.

.5.5 Misma Conducta

Esta otra teoría basada más en la cuestión fáctica que en lo expreso de la norma, sostiene que una acusación o juicio posterior queda prohibido si el Estado, para establecer un elemento esencial del delito que se refiere dicha acusación, debe demostrarla realización de una conducta, que constituye otro delito por el que el sujeto ya fue acusado o juzgado.

Según Haro Goñi y la interpretación que hace a esta postura, señala que esta permite al órgano acusador llevar procedimientos separados por cargos que tienen que ver con el mismo episodio criminal, lo que generaría que por un mismo hecho, pero con pluralidad de conductas se pueda sancionar a dos delitos diversos.

Esto es atendiendo nuestra hipótesis formulada que para que este principio pueda ser aplicado bajo esta teoría nos lleva a que en el caso de que una persona que amaga con un arma a otra con el propósito de quitarle sus pertenencias al sujeto activo, en ese mismo momento, se podría procesar primero por el delito de asalto y con posterioridad por el de robo, ya que el asalto se consumaría una vez ejercida la violencia, ya que la intención de exigirle su asentimiento para que le entregues sus pertenencias el sujeto pasivo al pasivo, estaría consumado con la violencia, ya que el propósito lo tiene incluso desde antes de ejercer la violencia apuntando con el arma de fuego, lo que algunos doctrinarios e incluso jueces han señalado como un delito de terminación anticipada, no tomando en cuenta que nos encontramos ante el mismo episodio criminal.

Situación que por obvias razones a la contravención de la hipótesis del presente trabajo no compartimos y consideramos que esta postura no protege plenamente el principio non bis in ídem.

.6 El episodio criminal

Por último analizaremos esta postura que propone directamente el autor Alfredo Haro Goñi, en el que basamos el estudio de las anteriores teorías para la interpretación de mismo delito.

El autor para efecto de no vulnerar el non bis in ídem, comienza con una definición amplia de lo que se debe de considerar como “mismo delito”, considerando que todos los delitos que se lleguen a presentar dentro de una misma transacción o episodio criminal que tenga continuidad temporal o espacial, evitando así la fragmentación de cargos y las acusaciones múltiples.

Así también este autor señala que el legislador debe de atender estrictamente la esencia del principio de un modo más protector para la persona a la que se le aplique el mismo. Es decir, si bien la descripción de las conductas delictivas debe de ser hechas por la legislación para efectos de la atribución de la sanción correspondiente, la legislación no debe intervenir en la premisión o prohibición de acusaciones múltiples⁴⁸.

Es decir que el legislador no debe de crear delitos en los que alguno de sus elementos esenciales del tipo penal confluya con otro, tal como es el caso del delito de asalto, que para su existencia sea necesaria la tentativa punible o el resultado de otro hecho ilícito, apoyando mi teoría de que el delito de asalto no debe de existir dentro de la legislación sustantiva penal para el estado de Hidalgo, ya que exige el propósito de causar un mal o exigir su asentimiento para un fin ilícito al sujeto pasivo del delito.

Atendiendo las teorías del non bis in ídem mostradas con anterioridad y la hipótesis del presente trabajo de estudio, es necesario realizar un análisis tanto del delito de asalto, como del delito de robo dentro de nuestro código penal para el estado de hidalgo vigente.

CAPITULO III

ESTUDIO DESCRIPTIVO Y TEÓRICO DEL DELITO DE ASALTO PARA EL ESTADO DE HIDALGO

Como podemos observar el delito de asalto se encuentra regulado dentro del artículo 73 del código penal para el estado de hidalgo, por lo que para efectos de desentrañar el mismo y entenderlo realizaremos un análisis del mismo, atendiendo sus antecedentes, en donde se encuentra dentro de las diferentes clasificaciones tanto doctrinarias como legales del delito, así como un análisis de sus elementos y su regulación a nivel nacional.

.1 Definición

Atendiendo lo anterior y para comenzar con el estudio de este tipo penal comenzaremos con la definición legal del mismo que se encuentra regulado en el artículo 173 del código penal para el estado de Hidalgo que a la letra dice:

⁴⁸*Ibidem*, p.60.

“Al que haga uso de violencia sobre una o más personas con el propósito de causarles un mal o exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito, en un lugar en que a determinada hora del día o de la noche no fuere posible el auxilio oportuno, se le impondrá prisión de 6 a 12 años y multa de 60 a 140 días”. De la presente definición podemos observar que este tipo penal consta de varios elementos, siendo los siguientes.

.2 Elementos del tipo

Al que haga uso de violencia, siendo este el verbo rector del delito de asalto, podemos observar que el mismo genera que el bien jurídico tutelado de la persona es la seguridad de las mismas, sin embargo este elemento normativo del tipo penal de asalto, nos lleva a la interrogante de *¿Qué es violencia?* y *¿qué tipo de violencia se refiere el delito en cuestión?*

Para resolver la primer interrogante y como lo observamos con anterioridad, este elemento normativo que exige responder *¿qué es violencia?* lo podemos encontrar definido en el código civil para el estado de Hidalgo, dentro de su artículo 1803, señalando que *“Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, o de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.*

Es así como podemos observar que hay dos tipos de violencia, por un lado la violencia que emplea la fuerza física y por otro lado la que se realiza por medio de amenazas, definiendo al primero de estos tipos como “violencia física”, y al segundo de estos como violencia psicológica o moral.

Una vez que analizamos los dos tipos de violencia según lo señala el Código Civil para el estado de Hidalgo, se puede concluir que de la interpretación literal del tipo penal de asalto, podemos concluir que con cualquier tipo de violencia se tiene por actualizado el tipo penal.

El segundo elemento del tipo penal que se estudia, atendiendo el tipo penal de asalto es que para que el mismo se obtenga se requiere que el primer elemento se realice *“sobre una o más personas”*, entendiendo así que con dicho penal no hay problema en la cuestión cuantitativa del sujeto activo, ni requiere una calidad específica el mismo, sin embargo, es necesario entrar al estudio de qué se debe de entender como persona para dicho delito.

Entrando de fondo al estudio del mismo y respondiendo a si el sujeto pasivo puede ser persona física o moral, esta interrogante se responde con el simple análisis de que no se puede ejercer violencia física o moral a una persona moral, ya que no son animadas, son sujetos que puedan generar sentimiento alguno, por lo que es lógico que el sujeto pasivo siempre será persona física para que se pueda configurar el delito de asalto.

El tercer elemento a estudio con respecto al tipo penal de asalto es realizar la violencia de personas físicas, con *“el propósito de causarles un mal o exigir su*

asentimiento”, siendo este el elemento subjetivo del delito de asalto, ya que este necesariamente requiere de una voluntad encaminada por parte del sujeto activo de causar un mal o exigir el asentimiento del sujeto activo para cualquier fin ilícito.

Es importante este elemento subjetivo, ya que como lo señala el autor Eduardo López Betancourt, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos, es decir, atienden a las circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.⁴⁹

Analizando el presente elemento podemos observar que con la simple intención de causar un mal o exigir el asentimiento del sujeto pasivo, se comete el delito de asalto, tal como también ha sido dirigido el criterio del Tribunal Colegiado de Circuito, dentro de la tesis aislada de la novena época, que al rubro señala lo siguiente. “ASALTO. AL SER DICHO DELITO DE RESULTADO ANTICIPADO PARA SU INTEGRACIÓN BASTA QUE LA CONDUCTA DEL ACTIVO ESTÉ ENCAMINADA A OBTENER EL PROPÓSITO O FIN DESEADO, AUN CUANDO POR CAUSAS AJENAS A SU VOLUNTAD NO LO LOGRE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO)”.

Registro: 170859

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXVI, Diciembre de 2007

Materia(s): Penal

Tesis: XXIX.2o.7 P

Página: 1675

ASALTO. AL SER DICHO DELITO DE RESULTADO ANTICIPADO PARA SU INTEGRACIÓN BASTA QUE LA CONDUCTA DEL ACTIVO ESTÉ ENCAMINADA A OBTENER EL PROPÓSITO O FIN DESEADO, AUN CUANDO POR CAUSAS AJENAS A SU VOLUNTAD NO LO LOGRE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).

El artículo 174 del Código Penal para el Estado de Hidalgo sanciona a quien haciendo uso de la violencia sobre una o más personas, con el propósito de causarles un mal o exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito lo acometa en determinados lugares. Ahora bien, si el sujeto activo acometió a la víctima mediante el uso de la violencia con dicho propósito, el cual no logró por causas ajenas a su voluntad, como fueron la resistencia del ofendido y la intervención de los agentes policíacos, ello no constituye una tentativa punible, sino la consumación del delito de asalto, toda vez que al tratarse de un ilícito de resultado anticipado (atendiendo al bien jurídico tutelado) para su integración

⁴⁹López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, México, 17a.ed, Porrúa, 2011, p.135.

no se requiere que los actos lleguen hasta obtener la totalidad del propósito o fin deseado, pues basta la simple conducta encaminada a ese fin para la actualización del tipo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 495/2007. 24 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Vélez Martínez. Secretario: Guillermo Tafoya Hernández.

Sin embargo el problema principal radica en si se consume el fin ilícito que pretende el sujeto activo, que se requiere para el tipo penal de asalto, si este vulnera o no el principio del non bis in ídem.

Por lo que para poder analizar la existencia de la vulneración del non bis in ídem, en la concurrencia material del delito de asalto y robo, comenzaremos al análisis del tipo de delito que es el asalto, atendiendo las diferentes clasificaciones que la doctrina ha estudiado.

.3 Tipo de delito atendiendo las diferentes clasificaciones.

Comenzaremos con una clasificación legal que se hace con respecto a delito y en cuál de estas se encuentra el tipo penal de asalto.

.3.1 Según la conducta del sujeto activo

Por lo que comenzaremos con una primer clasificación que señala el código penal para el estado de Hidalgo, dentro de su artículo 11, en el que se clasifica al mismo, según la conducta del sujeto activo, por lo que el mismo puede ser únicamente de acción u de omisión.

El código penal para el estado de hidalgo no explica cuando nos encontramos ante la presencia de un delito de acción o uno de omisión, por lo que tendremos que definirlos con bases en la doctrina.

Al recurrir la doctrina, podemos observar que los delitos de acción “son los delitos en los que se requiere que el sujeto activo realice movimientos corporales para la ejecución del mismo”⁵⁰.

Por otro lado el delito también puede ser de omisión, “la omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si esta es prohibitiva: no matarás, su quebrantamiento crea un delito de acción si es imperativa: socorrerás, el hecho que vulnera la conducta imperativa será de omisión”⁵¹.

⁵⁰López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, México, 17a.ed, Porrúa, 2011, p.273.

⁵¹Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1990, p.215.

Para el delito de asalto es importante señalar que este se clasifica como de acción, esto atendiendo a que el verbo rector no es imperativo, sino que nos encontramos con una norma prohibitiva, en la que se señala interpretativamente: no ejercerás violencia.

.3.2 Atendiendo la duración del delito.

Por lo que comenzaremos con la segunda clasificación que señala el código penal para el estado de Hidalgo, dentro de su artículo 12, en el que se clasifica al mismo, atendiendo el momento de consumación del delito, por lo que el mismo puede ser: instantáneo, permanente o continuo y continuado.

El código penal nos señala que es delito **instantáneo**, aquel “*cuando la consumación se agota en el momento mismo en que se han realizado todos los elementos del tipo penal*”, es decir que cuando hablamos de que para la realización de todos los elementos que exige el tipo, no se requiere más tiempo que el instante del acto.

Cuando se habla de un delito **permanente o continuo**, el código penal del estado de hidalgo, en su artículo previamente citado, señala que hablamos de este tipo de delitos cuando la consumación se prolonga en el tiempo, por ejemplo cuando hablamos de privación ilegal de la libertad, ya que el acto puede prolongarse el tiempo que se tenga privada a la persona en libertad, y no así se tendrá por consumado con el primer momento de este tipo penal.

El tercer tipo de delito señalado por la ley sustantiva vigente en el estado de Hidalgo en materia penal, es el **delito continuado**, mismo que señala que cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal, siempre y cuando se trate de bienes disponibles y del mismo sujeto pasivo.

Es decir, se refiere a delitos como el robo hormiga, que con pluralidad de conductas se roba un establecimiento mercantil, hasta generar un daño grave patrimonial en el mismo, es un delito del cual podemos hablar de varias conductas, pero unidad de propósito y de sujeto pasivo.

Analizando el delito en estudio podemos observar que todos los elementos que requiere el tipo tienen que ser forzosamente en el momento de la comisión, ya que el ejercer violencia sobre una o más personas se realiza al mismo tiempo que se tiene el propósito de causar un mal o exigir su asentimiento al sujeto pasivo para cualquier fin ilícito, no se puede dar primero un elemento y luego otro, ya que de ser así no se configuraría el asalto, atendiendo esto sin lugar a dudas podemos clasificar al asalto como un **delito instantáneo**.

De la clasificación que se hace del delito de asalto el tribunal colegiado de circuito en el estado de Hidalgo, se pronunció en el mismo sentido con la jurisprudencia citada previamente, ya que se maneja al mismo como un delito de terminación anticipada, pues señala que *para su integración no se requiere*

que los actos lleguen hasta obtener la totalidad del propósito o fin deseado, pues basta la simple conducta encaminada a ese fin para la actualización del tipo.

.3.3 Por el resultado que generan

Esta clasificación se crea en la doctrina, principalmente para diferenciar a los delitos que no se requiere que generen una afectación material o externa, mientras que otros sí; es decir que si no hay resultado o algún cambio en el mundo externo no existe delito, siendo los primeros de resultado formal, mientras que los segundos de resultado material.

Uno de los autores que consideran que esta clasificación no debe de existir, ya que todos los delitos conllevan un daño y que al resultado no solo se le debe de considerar como el cambio en el mundo exterior, sino que también a las mutaciones del orden moral y en todo delito existe la misma, ya que se afecta con la sola conducta la moral establecida por una norma dentro de un grupo social.

A pesar de lo anterior y viendo al resultado como una afectación material en el mundo exterior, podemos concluir que el delito de asalto se considera como un delito formal, ya que no se requiere un resultado externo para su consumación, es decir que no se exige que la violencia genere un resultado en el mundo fáctico, solo requiere que esa tenga la intención de causar un mal o exigir el asentimiento del sujeto pasivo para un fin ilícito, aún y cuando dicho fin no se haya logrado.

.3.4 Por el daño que generan

En esta clasificación podemos clasificar a los delitos en los que ponen en peligro un bien jurídico y los que lo lesionan. Es decir que no se requiere que se lesione un bien jurídico del sujeto pasivo para todos los delitos, bastando únicamente con que dicho bien se haya puesto en peligro.

Jiménez de Asúa señala que “los delitos de lesión son los que se encuentran con más frecuencia en las legislaciones penales y en ellos pertenece a la tipicidad, la lesión de un determinado bien jurídico, por ejemplo, la muerte en el homicidio y las heridas en las lesiones”⁵².

Señalando también el mismo autor que el peligro es la posibilidad inmediata, la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado.

Atendiendo el tipo de delitos de puesta en peligro el autor Eduardo López Betancourt menciona una subclasificación de estos, dividiéndolos, ya que los

⁵²Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito*, tercera edición, Buenos Aires, editorial Sudamericana 1990, p.215

penalistas acostumbran dividirlos a su vez en delitos de peligro en abstracto y delitos de peligro en concreto. En los primeros se exige que se demuestre en cada caso que realmente se haya producido el peligro, en cambio en los segundos el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos; la consecuencia penal no depende de que se demuestre el caso concreto, la situación de peligro especial.

En el acaso en concreto con respecto al delito de asalto, es necesario saber si este genera como tal una lesión al bien jurídico tutelado o una simple puesta en peligro del mismo, por lo que es necesario definir que es el bien jurídico tutelado.

Según Jakobs señala a partir de una concepción normativista, que “el bien jurídico – penal es la valides fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica”⁵³.

Así también Feuerbach, desde una perspectiva ius naturalista, sostuvo que el delito consistía en una lesión del derecho: “lo que el delito lesionaba era la libertad garantizada por el contrato y protegida por la ley penal, luego, en definitiva, lo lesionado era el derecho de cada uno”.⁵⁴

Según el código penal del estado de Hidalgo el delito de Asalto se encuentra regulado dentro del capítulo V, del Título tercero, de Delitos contra la libertad y seguridad de las personas, por lo que al análisis del mismo y al ser evidente que la conducta descrita por este tipo penal.

Podríamos decir que vulnera la libertad de las personas en el sentido de poder transitar libremente en la calle o en lugares incluso despoblados, sin miedo a ser violentado por otro sujeto. Mientras que con respecto a la seguridad de las personas el delito de asalto busca que una persona pueda vivir segura de no ser violentado ni de forma física o moral.

Con respecto a si la libertad con el asalto es lesionada o puesta en peligro, es evidente que desde que el sujeto activo ejerce violencia sobre otra se lesiona la libertad del sujeto activo.

Por otro lado el bien jurídico tutelado de seguridad de una persona, también se lesiona, entendiendo como seguridad a la certeza que tiene una persona de transitar sin ser violentado en lugares determinados, en el tipo penal de asalto desde que ejerce violencia sobre el sujeto pasivo, es evidente que dicha seguridad se lesiona.

⁵³Jakobs Gunther, “La imputación objetiva en derecho penal”, en, Díaz Aranda, Enrique (comp.), *Derecho penal parte general*, México, 2012, p.76.

⁵⁴ Bustos Ramírez, Juan,” Perspectivas y desafíos de la política criminal de la laguna ”, en,Díaz Aranda, Enrique (comp.),*Derecho penal parte general*, México,2012,p.76.

Atendiendo a lo anterior concluimos que el delito de asalto dentro de esta clasificación este no puede ser un delito de puesta en peligro, sino de lesión.

.3.5 Por su estructura

Esta clasificación diferencia los delitos que pueden estar inmersos de otros y cuales son independientes de otros, por lo que dicha clasificación se divide en dos (delitos complejos y colectivos).

Según Jiménez de Asúa “el delito complejo es cuando en un delito, la ley crea varios tipos y cada uno de ellos puede constituir un delito, por lo que se crea un delito compuesto, por ejemplo, la violación, la que está compuesta del ataque al pudor, por la violencia y amenazas”.⁵⁵

Por otro lado para Jiménez de Asúa señala que el delito colectivo es cuando el delito se constituye o exige al sujeto activo realice varios actos, por ejemplo en el adulterio; el delito se constituye cuando sean varias las aproximaciones sexuales con la misma mujer que mantiene en condición de concubina. No obstante este criterio, consideramos que también se configura el adulterio, cuando se realiza el acto sexual aunque sea por un asola vez, con persona que no es el cónyuge.

Por lo anterior no podemos clasificar al delito de asalto dentro de los delitos colectivos, en virtud de que solo hace falta la realización de un acto por parte del sujeto activo para que se configure el delito de asalto.

Es evidente que el delito de asalto es un delito complejo aun y cuando no se haya logrado el resultado esperado por el sujeto activo, lo anterior una vez que se realiza el análisis del hecho de ejercer violencia sobre una o más personas, podemos manejar que con dicha conducta ya existe un delito, así también cuando el elemento subjetivo del mismo es “con el propósito de hacer un mal o exigir su asentimiento para un fin ilícito”, estamos ante la presencia de que se requiere cuando menos la intención de realizar otro delito con la primer conducta desplegada por el sujeto activo.

.4 Legislaciones en México que regulan al delito de Asalto.

Con respecto al delito de asalto es evidente que en algunos estados de la república mexicana no se regula al delito de asalto, como lo son los estado de Aguas Calientes, Baja California Sur, Ciudad de México, Colima, Guanajuato, Guerrero y Michoacán, ya que para estos no es indispensable tipificar el mismo, pues la técnica jurídica empleada es manejarlo como robo con el agravante de haberlo cometido con violencia.

⁵⁵ Jiménez de Asúa, Luis, “*Principios del derecho penal. La ley y el delito*”, 3ª edición, editorial sudamericana, Buenos aires, 1990,p.365.

Sin embargo todos los demás estados de la República Mexicana si es contemplado el delito de asalto, la única diferencia entre estos es sobre el bien jurídico que según cada estado tutela el tipo penal en estudio.

Algunos estados de la republica señalan que el bien jurídico tutelado es la paz como baja california, Campeche, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas.

Otros estados clasifican al tipo penal de estudio, dentro de los que protegen la libertad de las personas, sin embargo son solo 12 de los 25 estados que contemplan al delito de asalto dentro de sus , incluyendo a la ciudad de México.

Sin embargo 23 de 25 estados contemplan como uno de los bienes jurídicos tutelados del tipo penal de asalto a la “seguridad”, solo con la variante de las personas, personal, colectiva o de la sociedad, por lo que es el bien jurídico más aceptado por las distintas legislaciones de los estados.

Entendiendo seguridad como certeza, certidumbre, confianza, convicción, evidencia, convencimiento y fe. De dichos sinónimos podemos observar que en el delito de asalto, las personas que son víctimas de violencia por otra pierden esa certeza o confianza al salir a la calle.

Es por lo anterior que es evidente que no se tiene en común un bien jurídico tutelado por las diversas legislaciones en nuestro país, y es así que no es claro el objeto del delito, mismo que le da legitimación a todos los tipos penales.

CAPITULO IV

Estudio descriptivo y teórico del delito de robo para el estado de hidalgo

.1 Antecedentes

Este es uno de los delitos más comunes en la práctica en nuestro país, solo cambia principalmente las diferentes formas en que se puede presentar el tipo penal, entendiendo a estas como agravantes, atenuantes e incluso varía la penalidad por la cuantía de lo robado, y hablar de sus orígenes nos remonta desde el surgimiento de la propiedad, la ley del talión en las primeras grandes civilizaciones, con posterioridad en la edad media e incluso en la época humanitaria o de la ilustración durante el siglo XVIII.

.1.1 Edad Antigua.

Esta época es característica e iniciada con la escritura y el comienzo de las primeras grandes civilizaciones como la china, egipcia, griega y romana.

En la cultura china según lo que señala Reinoso Dávila “El Derecho primitivo del imperio del cielo, en el que se castigaba al ladrón, disponiendo se le amputaran las piernas, porque en chino, una misma palabra significa ladrón y huir”.⁵⁶

Como podemos observar este delito que ha señalado socialmente a las personas que lo cometen como “ladrones” proviene desde esta edad antigua con el imperio chino.

El pueblo hebreo ya tomaba en cuenta también las circunstancias de tiempo para castigar el delito de robo, pues en sus leyes “Si el ladrón fuere sorprendido forzando de noche y fuese herido y muriese, no será el que le hiere reo de sangre; pero si hubiere ya salido el sol, responderá de la sangre”⁵⁷.

Así también en el pueblo hebreo dentro de este tipo de delitos patrimoniales no solo pensaban en el castigo como forma de venganza, sino como una forma de restituir a las víctimas de este delito de los bienes materiales robados, tal como el autor previamente citado, pues dice que “El ladrón debe restituir; y si no tiene con qué, será vendido por lo que robo; y si lo que robo, buey, asno u oveja, se encuentra todavía vivo en sus manos, restituirá el doble. Si uno daña un campo o una viña dejando pastar su ganado en el campo o en la viña de otro, restituirá por lo mejor del campo o lo mejor de la viña”.⁵⁸

Por otro lado en Egipto el delito de robo se dice que no era castigado en un momento e incluso se consideraba como una profesión, objetos que eran depositados en poder de un jefe al que el robado podía acudir para recuperar la cuarta parte de lo robado, sin embargo esto se refería únicamente para los salteadores de caminos⁵⁹. Con esto podemos observar la estrecha relación que existía del origen del ahora delito de asalto y el robo.

En el derecho romano el hurto o robo es separado dependiendo la forma en que se realiza el robo, distinguiéndolo desde la época en que se crearon las XII tablas cuando el delito era descubierto infraganti y cuando no fue manifiesto, siendo más severa la pena para lo primero.

⁵⁶Reinoso Dávila,Roberto,*Derecho penal parte especial*,México, Porrúa,2013,p.307.

⁵⁷*idem*

⁵⁸*idem*

⁵⁹*idem*

Así también se distinguió el hurto de la rapiña, misma que era el robo con violencia.⁶⁰

.1.2 Edad media

En la edad media el Derecho canónico tuvo gran influencia, esto con base en el cristianismo y la intención del hurto, pues para este la intención fue muy importante, ya que se tomaba en cuenta si la persona robaba por hambre o por extrema necesidad. Sin embargo, en las sociedades sin tanta influencia del cristianismo manejaban penas mucho más severas al robo, independientemente de la intención de la persona, con castigos tan severos como amputaciones a diferentes partes del cuerpo humano.

.1.3 Edad Moderna y contemporánea

Por último en la etapa de la ilustración y con posterioridad en la revolución francesa las penas para el delito de robo fueron mucho más atenuadas, viendo al mismo como un daño a la propiedad y no así directo a la persona.

El código penal francés, llamado código de Napoleón o napoleónico, dividió los delitos contra las propiedades en tres grupos: el primero constituido por el robo, el segundo incluyendo las estafas, las quiebras u otros fraudes, y dentro de estos el abuso de confianza, y el tercero las destrucciones o perjuicios a las cosas, definiendo en cada delito las maniobras o acciones materiales que les son constitutivos.⁶¹

Es así como podemos observar que dentro del código napoleónico el delito de robo es tratado desde una forma más analítica y técnica a diferencia de las épocas anteriores e incluso más parecido a las leyes que actualmente nos rigen con respecto a este tipo penal.

.2 Definición

Como podemos observar el delito de robo se encuentra regulado dentro del artículo 203 del código penal para el estado de hidalgo, mismo que señala que “al que se apodere de una cosa mueble ajena, sin consentimiento de quien pueda otorgarla conforme a la ley, se le aplicarán las siguientes penas”.⁶²

Es así como podemos observar que dicho delito se basa principalmente en el bien jurídico tutelado del patrimonio de las personas, ya que se encuentra regulado en el capítulo uno del código penal para el estado de Hidalgo, en el título séptimo (delitos contra el patrimonio).

⁶⁰*ibidem*, p. 310.

⁶¹*ibidem*, p. 312.

⁶²(Código Penal para el Estado de Hidalgo, Art. 203)

Por otro lado cabe señalar que este delito maneja las punibilidades atendiendo la cantidad de lo robado.

.3 Elementos del Tipo penal

Con relación al tipo penal de robo y entrando al análisis literal del texto se desprende que para acreditar el tipo se requieren seis elementos, siendo el primero de ellos y como verbo rector del mismo el apoderamiento, seguido de que la cosa debe de ser mueble y corpórea, ajena, otro elemento es que dicho apoderamiento debe de ser sin derecho y por último sin consentimiento de quien puede otorgarlo.

.3.1 El apoderamiento

Comenzaremos con el análisis del primer elemento del tipo penal de robo, siendo el apoderamiento, para poder entender que es el apoderamiento y que se requiere para que este se genere, es necesario definir dicho verbo rector, por lo que según Roberto Reinoso Dávila, citando a la real academia Española, lo define como “Hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder”, no quedando claro en el derecho si para que se logre el apoderamiento se requiere solo tener la posesión del objeto, o es necesaria la propiedad, existiendo también diferentes teorías de que se debe de considerar como apoderamiento, por lo que comenzaremos a enunciar algunas.

Las teorías del robo que han existido se desprenden de en qué momento del iter criminis se puede tener por consumado el elemento del apoderamiento, siendo la primer teoría la del contacto o la *aprehensio rei* (tocar la cosa con la mano), en la que se tiene por logrado el apoderamiento solo tocando la cosa, situación que pareciera burda, por lo que autores como Eusebio Gómez, quien pone el ejemplo de que aun y sea con el ánimo de apoderarse no genera el mismo el solo hecho de tocarla, poniendo el ejemplo de quien pone la mano sobre una caja de hierro pesada⁶³.

Otra teoría de apoderamiento es la llamada de la *amotio* o de la remoción, en la que se explica que para que se logre dicho apoderamiento es necesario que el objeto sea movido o trasladado de lugar, esta teoría es sostenida por Francesco Carrara y señala que no se requiere que la cosa sea trasladada a un lugar determinado, sino que se requiere solo el movimiento físico de la cosa.⁶⁴

Por otro lado la teoría de la *ablatio*, señala que no basta con el solo movimiento de la cosa para que se logre el apoderamiento, sino que también se exige que

⁶³Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p.314.

⁶⁴Carrara, Francesco, en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p.314.

la cosa sea desplazada y llevada fuera de la esfera jurídica del sujeto activo, para estar dentro de quien la posee, es decir el sujeto activo del apoderamiento.

Un ejemplo de esto es cuando un ladrón toma una cosa ajena dentro de una casa y al momento de salir de esta se encuentra en su esfera jurídica, es así como llegaría el momento de consumación del apoderamiento.

Otra teoría es la de la illazione, o de la destinación, en esta se tiene por consumado el apoderamiento hasta que la cosa se encuentra en el lugar en donde se tenía destinado el movimiento de la cosa.

Por último existe la teoría de la locupelatio, en la cual señala que el apoderamiento se ha logrado cuando el ladrón ha logrado el provecho que quería obtener con el objeto.

Como se puede observar el fin de dichas teorías para saber el momento de consumación del delito, busca responder si existe o no la tentativa en este tipo penal, y si existe en qué momento se da, situación que ha generado discrepancia entre diversos autores, por lo que atendiendo la práctica del derecho podemos concluir que no podemos basarnos en una sola teoría como regla general, sino que se tendría que tomar la teoría, atendiendo la que más convenga al caso en concreto.

.3.2 La cosa debe de ser corpórea

Este segundo elemento que se requiere dentro del tipo penal de robo, por lo que comenzaremos a analizar que es una cosa mueble y corpórea.

Hablar de cosa mueble nos lleva a estudiar la diferencia entre cosa mueble y cosa inmueble, por lo que el código civil federal señala que Artículo 753.- Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

Por otro lado el mismo código civil federal en su artículo 750 enuncia varias fracciones en las que se debe de considerar como bienes inmuebles, teniendo la característica en común de que todos estos son bienes que por su naturaleza son imposibles de trasladar.

Es evidente que la naturaleza del objeto material de robo siempre debe de ser posible de trasladarse, ya que si no lo fuera estaríamos en presencia de una invasión.

Roberto Reynoso Dávila en su libro de Derecho Penal, Parte especial, cita a Guiseppe Margiore, quien señala que los bienes muebles, por la facilidad de su circulación, están más expuestos a las sustracciones, pues rige en ellos el principio de que la posesión equivale al título.

Por otro lado, existen diferentes teorías para determinar qué es una cosa corpórea, algunos mencionan que solo las cosas físicas son susceptibles de

apoderamiento, independientemente de su estado en el que se encuentren, ya sea líquido, sólido o gaseoso.

Es decir que siempre y cuando se pueda dar el apoderamiento material dentro del mundo físico, dentro de las cosas corpóreas algunos autores como Ricardo C. Núñez, dicen que para poder determinar a una cosa en general debe de revestir ciertas características:

a) Debe de ser un objeto corporal, puesto que las cosas incorpóreas no pueden integrar este delito, dada la imposibilidad de aislarlas o tomarlas, dada su naturaleza.

b) Debe ser un objeto susceptible de tener un valor, Cuello Calón dice que la sustracción de las cosas sin valor económico puede constituir delito si poseen un valor de afección para su propietario, ya que origina un perjuicio patrimonial, aun cuando no sea de carácter económico⁶⁵.

.3.3 La cosa debe de ser ajena

Este elemento típico objetivo, es indispensable para que se tipifique el robo, ya que no se puede señalar que se puede configurar la conducta típica cuando el mismo dueño es quien dispone del bien, sin embargo el código penal para el estado de Hidalgo en su artículo 204, fracción I, que se equipara al delito de robo al que *“se apodere de una cosa mueble de su propiedad si ésta se halla por cualquier título legítimo en poder de otra persona”*, es decir que este delito también protege la posesión, situación que ha ido debatida por diversos autores como lo veremos a continuación.

Por un lado Raúl F. Cárdenas Rioseco dice que el interés jurídicamente protegido por el robo, es la posesión y no la propiedad, por lo que apoderarse significa “poner la cosa bajo nuestro poder”, hacerla llegar dentro de nuestra esfera de actividad.

Como podemos ver el análisis de Raúl Cárdenas Rioseco con respecto a que bien jurídico tutelado dentro del delito de robo es la posesión concuerda con el artículo 204 del código penal para el estado de Hidalgo en su fracción I.

Sin embargo hay otros autores que el robo se configura como un delito en el que lo que se afecta es el patrimonio tal y como lo señala el mismo código penal para el estado de Hidalgo, pues dicho delito se encuentra dentro de la clasificación de delitos patrimoniales.

.3.4 El apoderamiento debe de ser sin derecho

Este elemento típico del robo se puede ejemplificar en una diligencia de embargo, en la cual el abogado o el dueño del pagaré señalan bienes para el

⁶⁵Núñez, Ricardo, en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p.328.

mismo, depositándolos en lugar distinto de donde los tenía el demandado de dicho juicio, por lo que el demandado señala que son acusados de robo, sin embargo en el caso concreto el apoderamiento se realiza con un derecho que otorga la ley a personas que son acreedoras para poder recuperar el dinero que les fue prestado y claramente tampoco se da con el objetivo de apropiarse de dichos objetos, sino de tenerlos en depósito hasta recuperar el derecho pecuniario que les corresponde por derecho.

Sin embargo es obvio que si se tiene el derecho del apoderamiento ya no estaríamos hablando de una norma penal, porque al existir el mismo, se perdería el objeto del derecho penal que es sancionar las conductas contrarias al derecho, por lo que para autores como Francisco González de la Vega, considera que el requisito legal de que el robo deba ser sin derecho es innecesario, puesto que esto formaría parte de la anti juridicidad, y la misma es una integrante general de todos los delitos⁶⁶.

Es por lo anterior que para el caso del código penal para el estado de Hidalgo esto no se encuentra estipulado como parte de los elementos del tipo penal, sin embargo, entraría como una forma de anti juridicidad.

.3.5 Sin consentimiento.

El Código Penal para el Estado de Hidalgo si contempla como elemento típico para el robo que el apoderamiento debe de ser sin consentimiento de la persona que puede disponer con arreglo a la ley, sin embargo, al igual que el elemento típico que contemplan otras legislaciones resultaría innecesario este, toda vez que también podemos tomarlo como una causa genérica de antijuridicidad, tanto así que no todas las legislaciones lo contemplan.

Eusebio Gómez afirma que varias legislaciones no hacen mención de este requisito de forma correcta, por ser evidente que, cuando el dueño de una cosa mueble presta su consentimiento para que otro se apodere de ella, no puede existir hurto, toda vez que ese consentimiento implica por parte de quien lo presta, la disposición de un derecho alienable⁶⁷.

Así también quedando claro de que la disposición habla de “sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella”, no necesariamente el propietario, puesto que el bien jurídico tutelado no es la propiedad, sino el patrimonio, concepto más amplio que engloba a su vez a la posesión o tenencia de una cosa.

.3.6 Ánimo de lucro o ánimo de apropiación.

Este es un elemento subjetivo que se debe de dar en el tipo penal de robo, toda vez que si bien no se encuentra regulado expresamente en el tipo,

⁶⁶Reinoso Dávila,Roberto,*Derecho penal parte especial*,México,Porrúa,2013,p.

⁶⁷Ibidem, p.

algunos autores lo consideran como requisito indispensable para que se dé la antijuridicidad, tal es el caso de Jiménez Huerta, quien afirma que la voluntad final solo se integra con la intención de apropiarse o vender la cosa, y por tanto, cualquier acto que quede fuera de estos conceptos, no constituye el elemento subjetivo del delito de robo y así, afirma: “si el apoderamiento se hace... para donarla o repartirla (la cosa) gratuitamente entre terceras personas, el hecho es atípico por estar ausente el elemento subjetivo de antijuridicidad preciso y necesario para la configuración del delito de robo”.⁶⁸

Por otro lado Amuchategui Requena nos señala que el elemento típico subjetivo radica en el ánimo de apropiación, esto es, que el activo efectúa la conducta de apoderamiento con la intención de hacerse dueño de la cosa.⁶⁹

Existen autores que distinguen el ánimo de lucro con el ánimo de apropiación, ya que si hablamos únicamente del ánimo de lucro, solo entraría el supuesto de que lo robado se usaría para venderlo u obtener un beneficio económico con su uso, sin embargo también se debe de tomar en cuenta el robo con el objetivo de apropiarse de la cosa material.

José María Rodríguez Devesa pone ejemplos de “ánimo de apropiación” y “ánimo de lucro”, en la siguiente forma:

a) Ánimo de lucro sin ánimo de apropiarse. El ejemplo más aliente que podemos ofrecer es el hurto de uso, en el que por *definitionem* falta el ánimo de apropiarse la cosa, sin que ello implique en modo alguno la falta del ánimo de lucro que no puede de ninguna manera negarse.

b) ánimo de apropiarse sin ánimo de lucro. Si la cosa se toma con intención de obtener un lucro tendremos hurto; si no es el lucro lo que se persigue, si el agente pretende la destrucción de la cosa o su deterioro por el solo afán de causar un daño a su dueño, daños. En ambos supuestos, si en el segundo el sujeto tiene la cosa en su poder cierto tiempo para mejor lograr la destrucción o deterioro deseado, hay apropiación y ánimo de apropiarse.⁷⁰

Es por lo anterior que si bien es cierto que este elemento subjetivo no se encuentra expresamente dentro del tipo penal de robo para el estado de Hidalgo, también es cierto que es indispensable tomarlo en cuenta como tal o como causa de antijuridicidad.

.4 Clasificación del delito de robo.

Comenzaremos con una clasificación legal que se hace con respecto a delito y en cuál de estas se encuentra el tipo penal de asalto.

⁶⁸ Jiménez, Huerta, en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p.

⁶⁹ Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho penal*, segunda edición, Oxford, México, 2002, p. 413

⁷⁰ Pílitoff, Sergio, en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p. 359

.4.1 Según la conducta del sujeto activo

Por lo que comenzaremos con una primera clasificación que señala el código penal para el estado de Hidalgo, dentro de su artículo 11, en el que se clasifica al mismo, según la conducta del sujeto activo, por lo que el mismo puede ser únicamente de acción u de omisión.

Como ya lo explicamos al realizar la clasificación del delito de asalto el código penal para el estado de hidalgo no explica cuando nos encontramos ante la presencia de un delito de acción o uno de omisión, por lo que tendremos que definirlos con bases en la doctrina.

Así también al recurrir la doctrina, podemos observar que los delitos de acción “son los delitos en los que se requiere que el sujeto activo realice movimientos corporales para la ejecución del mismo”⁷¹, siendo evidente que hablar del delito de robo nos encontramos con un delito de acción, ya que se requiere de movimientos corporales del sujeto activo para el apoderamiento incluso en la teoría más básica explicada por la doctrina y mostrada previamente en la que constaba en poner la mano sobre la cosa u objeto robado.

Siendo que analizando todas las teorías del apoderamiento en ninguna entraría que el robo entrara dentro de los delitos que puedan ser susceptibles de cometerse por omisión.

.4.2 Atendiendo la duración del delito.

La segunda clasificación que señala el código penal para el estado de Hidalgo, dentro de su artículo 12, en el que se clasifica al mismo, atendiendo el momento de consumación del delito, por lo que el mismo puede ser: instantáneo, permanente o continuo y continuado.

Como lo señalamos con anterioridad el delito **instantáneo** es aquel “*cuando la consumación se agota en el momento mismo en que se han realizado todos los elementos del tipo penal*”, es decir que cuando hablamos de que para la realización de todos los elementos que exige el tipo, no se requiere más tiempo que el instante del acto.

Sin embargo para el delito de robo existe discordancia para que se acredite el elemento de apoderamiento, sin embargo, una vez logrado el apoderamiento, independientemente de la teoría en que se tenga por consumado, se consuma el robo, por lo que no puede después de este elemento prolongarse en el tiempo la conducta, por lo que podemos concluir que este delito se debe de considerar instantáneo.

⁷¹López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, México, 17a.ed, Porrúa, 2011, p.273.

Época: Quinta Época
Registro: 278969
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo LXXV
Materia(s): Penal
Tesis:
Página: 108

DELITO CONTINUO.

En torno a la noción sobre la naturaleza de esta modalidad del delito, Ortolán trazó dos teorías: la objetiva y la subjetiva. La primera, llamada también de la unidad física, la hizo consistir en que la continuidad de la infracción depende de la prolongación de la acción constitutiva del delito, de tal manera, que éste no cesa sino cuando aquélla acaba. La segunda teoría, llamada también de la unidad moral, la hacía consistir en que aun cuando existieran diversos actos y cada uno fuera por sí mismo, suficiente para constituir la infracción penal, estando ligados todos ellos por la misma unidad de concepción, de resolución y de objeto, no debían considerarse tantos delitos como actos ejecutados, sino una sola infracción para los efectos, principalmente, de la penalidad, de la prescripción y de la jurisdicción represiva. A pesar de la claridad de estas nociones, se han suscitado prolongadas discusiones, y las legislaciones positivas, se han pronunciado por uno o por otro sistema. A esta confusión se ha agregado la concepción del delito permanente, en el que algunos tratadistas han comprendido el de raptó, pero no debe perderse de vista que el delito permanente no es el equivalente del delito continuo y opuesto al instantáneo. El permanente, tiene como rasgo característico que la lesión jurídica se extiende y persiste después de la consumación del delito. En otros términos, en el delito permanente, no es la acción constitutiva del delito la que se prolonga o se reitera, sin la lesión jurídica, o mejor dicho, el estado antijurídico creado por la infracción. Así, en el robo, delito instantáneo (aun cuando puede presentarse como continuo, como en el criado que se apodera en diversas ocasiones de las propiedades de su patrón), se origina un estado permanente en la lesión del bien jurídico que el legislador represivo se propone proteger; en el homicidio y en las heridas, delitos indudablemente instantáneos, la lesión a la integridad personal se prolonga más allá de la ejecución del acto constitutivo de la infracción, y lo mismo puede decirse de otros delitos, pudiendo llegarse a esta conclusión: los efectos del delito o el estado ilícito creado por él, pueden extenderse o prolongarse después de la ejecución del acto delictuoso, pero nada autoriza a confundir o identificar a éste con aquéllos, y sostener que el delito permanente es equivalente al continuo, como opuesto al instantáneo. De acuerdo con lo anterior, hay que establecer que el delito de raptó no es continuo sino instantáneo, pues se consuma por el apoderamiento de la víctima, sustrayéndola de su hogar con fines eróticos, aun cuando pueda prolongarse indefinidamente la privación de su libertad, pues no sería legítimo decir que al cabo de seis, ocho meses o un año en que una mujer puede estar bajo el dominio de un hombre, éste la está raptando, sino que fue raptada en

tal o cual día determinado. En consecuencia, son competentes para conocer del delito, los Jueces del lugar en donde el rapto se verificó.

Competencia 111/40. Suscitada entre los Jueces Segundo de la Primera Corte Penal del Distrito Federal y Primero del Ramo Penal de León Guanajuato. 5 de enero de 1943. Mayoría de once votos. Ausentes: Carlos I. Meléndez. Hermilo López Sánchez, Roque Estrada, Nicéforo Guerrero, Alfonso Francisco Ramírez y Felipe de J. Tena Ramírez. Disidentes: Teófilo Olea y Leyva, Hilario Medina, Fernando de la Fuente y José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Para concluir esta clasificación no podemos clasificar en ningún omento como lo señala la tesis previamente citada, que el tipo penal de robo pertenece a los delitos instantáneos, no a los permanentes o continuos o continuados.

.4.3 Por el resultado que generan

Esta clasificación se crea en la doctrina, principalmente para diferenciar a los delitos que no se requiere que generen una afectación material o externa, mientras que otros sí; es decir que si no hay resultado o algún cambio en el mundo externo no existe delito, siendo los primeros de resultado formal, mientras que los segundos de resultado material.

El delito de robo debe de ser considerado como delito formal y no material, es que solo se requiere que se apodere de la cosa el sujeto activo para que exista el delito de robo, puesto que en diversos casos la cosa robada puede ser recuperada por el sujeto pasivo, o puede estar consumado el delito aun y cuando el autor material haya sido descubierto e interrumpido su propósito final.

.4.4 Por el daño que generan

En esta clasificación podemos clasificar a los delitos en los que ponen en peligro un bien jurídico y los que lo lesionan. En el delito de robo no se requiere que se lesione el bien jurídico del patrimonio para que se consume el mismo, sino que la sola puesta en peligro del bien genera que se configure el mismo, como ejemplo tenemos a una persona que está desarmando una llanta de un vehículo, por lo que se consuma desde su acto de separarla del vehículo la llanta con la intención de apoderársela.

.4.5 Por su estructura

Esta clasificación diferencia los delitos que pueden estar inmersos de otros y cuales son independientes de otros, por lo que dicha clasificación se divide en dos (delitos complejos y colectivos).

Según Jiménez de Asúa “el delito complejo es cuando en un delito, la ley crea varios tipos y cada uno de ellos puede constituir un delito, por lo que se crea un delito compuesto, por ejemplo, la violación, la que está compuesta del ataque al pudor, por la violencia y amenazas”.⁷²

Por otro lado para Jiménez de Asúa señala que el delito colectivo es cuando el delito se constituye o exige al sujeto activo realice varios actos, por ejemplo en el adulterio; el delito se constituye cuando sean varias las aproximaciones sexuales con la misma mujer que mantiene en condición de concubina. No obstante este criterio, consideramos que también se configura el adulterio, cuando se realiza el acto sexual aunque sea por un sola vez, con persona que no es el cónyuge.

Por lo anterior no podemos clasificar al delito de robo dentro de los delitos colectivos, en virtud de que solo hace falta el apoderamiento de una cosa, de un acto por parte del sujeto activo para que se configure el delito de asalto.

Sin embargo, tampoco podemos clasificar al delito de robo como delito compuesto, a menos de que se haya empleado violencia para lograrlo, pues nos encontraremos con el asalto al ejercerla y con el delito de allanamiento de morada cuando el robo se hace dentro de casa habitación o con el delito de daño en propiedad cuando para robar objetos del interior de un vehículo se rompen un cristal para lograr el objetivo.

Sin embargo de todas las formas en que se puede dar el delito de robo estaríamos ante la presencia de subsunción de delito, puesto que todos los delitos cometidos son para generar el robo de una cosa.

.5 Legislaciones del México que regulan al delito de Robo.

Es evidente que todas las legislaciones de la república regulan al delito de robo, sin embargo, para efectos del presente trabajo nos enfocaremos en los estados de la república mexicana que no contemplan el delito de asalto en sus legislaciones.

Por lo que nos centraremos en el estudio de los estados de Aguas Calientes, Baja California Sur, Ciudad de México, Colima, Guanajuato, Guerrero y Michoacán.

En estados aguas como aguas calientes el hecho de haber robado ejerciendo fuerza física o moral en contra de la víctima o para darse a la fuga, podemos observar que en este mismo tipo penal ya se está contemplando lo que en hidalgo consideramos como asalto, dentro de una calificativa del robo, tomando

⁷² Jiménez de Asúa, Luis, “*Principios del derecho penal. La ley y el delito*”, 3ª edición, editorial sudamericana, Buenos aires, 1990, p365”

en consideración que al referirse a fuerza física o moral debemos de entenderlo como violencia.

Lo mismo pasa con el estado de Baja California Sur, quien contempla el uso de violencia física o moral o cuando la misma se ejerza para darse a la fuga o defender lo robado, siendo lo mismo en Colima y Guerrero quien lo contempla como robo calificado.

Como podemos observar en los estados señalados con anterioridad se estipula claramente que la violencia puede darse en dos momentos, tanto para obtener lo robado como para defenderlo, una vez realizado el apoderamiento, contemplando ambos momentos como calificativas.

Por otro lado el estado de Guanajuato regula al delito de robo con violencia de forma Genérica, es decir sin importar el momento del ejercicio de la violencia este se como Robo calificado.

CAPITULO V CONCURRENCIA MATERIAL DEL DELITO DE ASALTO Y ROBO O CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES.

Una vez analizado que es un principio, la importancia de los mismos dentro de nuestro sistema jurídico, así como el estudio de fondo del *non bis in idem* desde sus antecedentes, alcances y regulación tanto internacional como nacional, podemos analizarlo en contraposición con el delito de asalto y su concurrencia material con el delito de robo estipulado en el estado de Hidalgo.

Como lo mencionamos con anterioridad el principio debe de ser el eje rector de las normas, ya que tiene un alcance de protección mucho más amplio que las reglas.

Tomando en consideración que el *non bis in idem* es un principio del derecho, podemos señalar que este es eje rector de las reglas y que las mismas deben de estar apegadas al mismo.

Sin embargo hay que tomar en cuenta también que para poder aplicar los concursos de delitos, o de normas penales y lograr resolver dicha problemática, estos se deben de resolver con base en los principios resolutores del concurso aparente de normas. Siendo que para que se juzgue únicamente un delito y no se haga esto dos veces para no afectar el *non bis in idem*, ocupando los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad.

El fundamento filosófico del concurso aparente de normas penales es basado principalmente en el principio del *non bis in idem*, sin embargo también se debe de analizar al mismo tiempo el concurso de delitos que son cuestiones completamente diferentes e incluso si los analizamos de fondo son contradictorios entre sí.

.1 El concurso de delitos.

Señala Daniel Nuñez Avalos que el concurso ideal de delitos lo que se pretende es impedir la incompleta aprehensión del desvalor de la conducta delictiva, y para ello se requiere la aplicación conjunta de diversas normas.⁷³

Es decir que lo que se busca es que cuando con conductas completamente diversas se cometan dos delitos diferentes, no se castigue únicamente una de ellas, pues se estaría desvalorizando la pena a uno solo de los delitos cometidos.

El Código Penal para el estado de Hidalgo en su artículo 22 señala cuando es que dos delitos pueden concurrir, y que esta puede ser de dos formas, por un lado material y por otro lado formal, que dicha concurrencia dependería del número de actos empleados para la comisión de los delitos, es decir, cuando se cometen dos o más delitos con varias conductas, estaríamos en presencia de concurrencia material de delitos y cuando con una sola conducta se configuran dos o más delitos estaremos en presencia de concurso formal o ideal de delitos.

.2 El concurso de delitos y El asalto y robo en Hidalgo.

Por lo que una vez entendido que debemos de entender como concurso de delitos buscando no se genere una desvalorización de la conducta delictiva, se comienza al estudio de qué tipo de concurso se ha utilizado en el estado de Hidalgo.

El supuesto más común y el que genera la materia de estudio del presente trabajo es cuando hablamos de la conducta en la que una persona ejerce violencia sobre otra para apoderarse de una cosa mueble que le pertenece al sujeto pasivo y le es ajena al sujeto activo.

En el supuesto anterior en el estado de Hidalgo se ha aplicado con regularidad el criterio de que nos encontramos en presencia de un concurso real de delitos, ya que según el asalto se consuma con la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo con la intención que se exige en dicho tipo penal como elemento subjetivo del mismo, consistente en exigir el asentimiento o causar un mal al sujeto pasivo, por lo que desde este momento se consuma el delito y es material porque una vez que se logra dicha intención el sujeto activo con posterioridad casi inmediata logra desapoderar al mismo sujeto pasivo de sus cosas, considerando a este acto inmediato como otro hecho consistente en el delito de robo.

⁷³Núñez Avalos, Daniel, “*el concurso aparente de normas penales*”, segunda edición, editorial Porrúa, México, 2010, p. 22

Lo anterior orientado según una tesis aislada en virtud de que el delito de asalto es de terminación anticipada y que solo se requiere para su consumación el ejercicio de la violencia con el propósito de exigir el asentimiento o causar un mal al sujeto pasivo. Tal como lo muestra la siguiente tesis.

ASALTO. AL SER DICHO DELITO DE RESULTADO ANTICIPADO PARA SU INTEGRACIÓN BASTA QUE LA CONDUCTA DEL ACTIVO ESTÉ ENCAMINADA A OBTENER EL PROPÓSITO O FIN DESEADO, AUN CUANDO POR CAUSAS AJENAS A SU VOLUNTAD NO LO LOGRE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).

El artículo 174 del Código Penal para el Estado de Hidalgo sanciona a quien haciendo uso de la violencia sobre una o más personas, con el propósito de causarles un mal o exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito lo acometa en determinados lugares. Ahora bien, si el sujeto activo acometió a la víctima mediante el uso de la violencia con dicho propósito, el cual no logró por causas ajenas a su voluntad, como fueron la resistencia del ofendido y la intervención de los agentes policíacos, ello no constituye una tentativa punible, sino la consumación del delito de asalto, toda vez que al tratarse de un ilícito de resultado anticipado (atendiendo al bien jurídico tutelado) para su integración no se requiere que los actos lleguen hasta obtener la totalidad del propósito o fin deseado, pues basta la simple conducta encaminada a ese fin para la actualización del tipo.(Tesis: XXIX.2o.7 P)

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 495/2007. 24 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Vélez Martínez. Secretario: Guillermo Tafoya Hernández.

No obstante lo anterior este punto de que se aplique un concurso material de normas, considerando no se genere un desvalor de la pena en el caso en concreto al terminar el estudio del presente asunto concluimos que atendiendo la legislación que no contempla una agravante o calificativa al hecho de robar por medio de la violencia si existiría un desvalor del mismo, sin embargo lo que consideramos criticable es que atendiendo la estructura del código penal a su vez se está vulnerando el non bis in idem al no aplicarse un concurso aparente de normas penales como lo mostraremos más adelante.

El análisis al que llegamos para criticar el tratamiento de concurso real de normas penales al caso señalado anteriormente se basa en que aun y cuando el delito de asalto se consuma de forma instantánea con el solo hecho de ejercer violencia con un determinado propósito, no deja de ser un medio para cometer el delito de robo.

Es como si se condenara a una persona que para poder matar a su víctima haya tenido que entrar a su casa aprovechándose de que se encontraba sola en la misma condenar por el delito de allanamiento de morada y homicidio,

situación que pareciera ridícula, pero en ese extremo el entrar a su casa fue un medio para poder cometer su objetivo que era matar a la víctima, buscando resolver este problema jurídico con principios resolutorios del concurso aparente de normas, por lo que consideramos necesario entrar al estudio del mismo.

.3 El Concurso aparente de Normas penales.

Para comenzar al estudio del concurso aparente de normas es indispensable comenzar con entender la gran diferencia que existe con el concurso de delitos mostrado previamente.

La gran diferencia estriba en que el concurso de delitos se contrapone con la esencia del objetivo de la institución del concurso aparente de las normas penales, que busca principalmente que el non bis in ídem no se vulnere, puesto que al aplicar dos penas a un mismo hecho delictivo se estaría juzgando dos veces por el mismo hecho delictivo.

Tal como lo señala el autor previamente citado en el concurso aparente de normas penales o concurrencia normativa incompatible el objeto es evitar la duplicada valoración jurídica de una misma conducta, de manera que solo se aplica una de las normas presentes.⁷⁴

Lo que nos lleva a buscar cuando estamos en presencia de una figura jurídica y cuando en presencia de la otra, por lo que para poder entender el problema entramos al estudio de las teorías del non bis in ídem por un lado y por otro lado a los principios resolutorios del concurso aparente de normas penales.

.4 Teorías del non bis in ídem analizadas con el concurso real del asalto y robo en el estado de Hidalgo.

Para empezar es importante dejar en claro que el non bis in ídem también puede aplicar en el caso de que dos normas penales sean aplicadas a un caso en concreto cuando las mismas no estén debidamente delimitadas en una legislación penal, tal como lo interpreto la corte en el caso Loaiza Tamayo, previamente citado en el apartado correspondiente.

Partiendo desde el punto anterior es como comenzaremos a estudiar las diferentes teorías para saber si en el concurso de delitos que nos ocupa se vulnera o no el principio non bis in ídem.

.4.1 Teoría de los elementos

⁷⁴*Idem.*

Como lo señale en el capítulo que analiza esta teoría en la que nos dice que para corroborar si estamos en presencia de dos delitos nos debemos ceñir en si para el segundo delito se requieren o no otros elementos del delito.

En el caso de la concurrencia material del delito de asalto y robo tomando en consideración que el asalto es el primer delito, está claro que se requieren elementos diferentes tanto para el asalto como para el robo, tal como lo estudiamos en los capítulos correspondientes de cada tipo penal.

Es decir que mientras para el delito de asalto el verbo rector del mismo es la violencia, para el robo lo es el apoderamiento.

Situación en la que esta teoría no nos aplica que nos encontremos en presencia de la vulneración del non bis in ídem con el concurso de los delitos de estudio.

.4.2 Teoría de la Triple identidad

Como ya lo señalamos con anterioridad esta teoría es importante porque ha sido adoptada por juristas mexicanos, ya que esta consiste en que para que se considere como el mismo delito se debe analizar tres puntos, como lo son el mismo sujeto, el mismo hecho y el mismo bien jurídico tutelado⁷⁵.

En el supuesto de hecho que nos encontramos estudiando y que se considera que se aplica el concurso material de asalto y robo, podemos observar que nos encontramos en presencia de un mismo sujeto, tanto activo como pasivo dentro de los dos delitos, podemos entrar en conclusión de que es un mismo hecho si tomamos en cuenta que es un solo acontecimiento, atendiendo el fin del sujeto activo, siendo este el apoderamiento de la cosa del sujeto pasivo, sin embargo sabemos que son bienes jurídicos tutelados diferentes, por lo que esta teoría analizada cabalmente no puede determinarnos en el caso en concreto que se vulnera el principio non bis in ídem.

Sin embargo como lo señalamos en el capítulo respectivo, es importante considerar la crítica que hace Haro Goñi, pues considera que esta postura interpretativa del non bis in ídem es insostenible, pues deja en un estado de indefensión al gobernado o a quien se vaya a aplicar el principio, puesto que basta con que la autoridad señale en un caso concreto que el bien jurídico es distinto para que se vuelva a juzgar a una persona sobre el mismo hecho⁷⁶.

En el caso en concreto consideramos que entra en esta la crítica del autor citado, pues al hablar de que el bien jurídico tutelado sea otro sin mayor requisito podemos juzgar no solo por robo, sino también por asalto al sujeto activo vulnerando el non bis in ídem.

⁷⁵*Ibidem*, pp. 48 y 49.

⁷⁶*Ibidem*, p. 50

.4.3 Mismo Delito es Igual a delitos idénticos. Corriente letrística o nomen iuris

Como lo señalamos previamente esta teoría la considero un tanto cerrada a la literalidad de la norma, es decir que solo protege el non bis in ídem impidiendo que posterior a un juicio seguido por un delito específico, no se pueda llevar otro juicio por el mismo delito, es decir que se cierra a que si se procesó por homicidio, no se pueda procesar después únicamente por homicidio, lo que nos lleva al absurdo de si se configuran dos tipos penales se puede procesar en dos diferentes juicios e incluso en diferentes momentos.

Aún y cuando esta teoría como lo señalamos es restringida y literal al principio también prohíbe que se juzgue por delitos menores cometidos en un mismo hecho, en nada afecta o ve como violatorio del non bis in ídem al supuesto de estudio del concurso material del delito de asalto y robo en el estado de Hidalgo.

.4.4 Teoría de la evidencia ex post.

Esta teoría ya fue analizada previamente con la concurrencia material para el delito de asalto y robo en Hidalgo, misma que se basa en que si se utilizan las mismas pruebas para acreditar los dos delitos estaríamos vulnerando al non bis in ídem, sin embargo es relativa, ya que la carga de la prueba le corresponde en el sistema jurídico penal de México al fiscal, por lo que si logra separar las pruebas que acreditan el asalto con el robo, dejaríamos de vulnerar el principio en comento.

.4.5 Misma Conducta

Esta teoría como lo analizamos con anterioridad nos deja en estado de indefensión y no protege totalmente el non bis in ídem, ya que puede procesar en diferentes juicios los delitos, permitiendo así una concurrencia material del delito de asalto y robo en el estado de Hidalgo.

.4.6 El episodio criminal

Por último analizaremos esta postura que propone directamente el autor Alfredo Haro Goñi, en el que basamos el estudio de las anteriores teorías para la interpretación de mismo delito.

Esta teoría atañe también a la actividad del legislador, pues critica plenamente la creación de normas penales que concurren con un mismo hecho, señala que el legislador debe atender estrictamente la esencia del principio de un modo más protector para la persona a la que se le aplique el mismo. Es decir, si bien la descripción de las conductas delictivas debe de ser hechas por la

legislación para efectos de la atribución de la sanción correspondiente, la legislación no debe intervenir en la prohibición de acusaciones múltiples⁷⁷.

Por o que la crítica que realizamos una vez que hemos analizado los delitos del supuesto que se estudia recae principalmente en el delito de asalto, puesto que el propósito del mismo es idéntico al que se tiene para el robo al hablar de generar el asentimiento para un fin ilícito, tomando como fin ilícito el robo, quedando únicamente como medio de empleo para dicho fin la violencia que se exige como requisito en el delito de asalto.

⁷⁷*Ibidem*, p.60

CONCLUSIONES

Este trabajo buscando resolver si se vulneraba el non bis in ídem como principio de derecho con el concurso real del delito de asalto y robo en el estado de Hidalgo, se llegó a la siguiente conclusión, atendiendo los siguientes puntos:

1. Según las teorías del non bis in ídem, principalmente la más protectora propuesta por Haro Gori si se vulnera el principio non bis in ídem, con dicha concurrencia material, criticando el trabajo legislativo del estado de Hidalgo al insertar dos delitos que pueden concurrir en un mismo acontecimiento o hecho de forma recurrente y que dicho trabajo legislativo no previó de forma correcta.

Así como con la teoría ex post, ya que se requiere la misma prueba para acreditar el fin del sujeto activo en el delito de asalto, junto con el delito de robo o apoderamiento que es el objeto de la conducta del sujeto activo en sí misma.

2. Con la reforma constitucional en México en la que se deben de tomar en cuenta los tratados internacionales de los que México sea parte y las interpretaciones de las mismas, atendiendo el caso Loaiza Tamayo, se observa la interpretación en que se protege el non bis in ídem cuando existe concurso de delitos que no son plenamente determinables entre sí, situación que aplica para el concurso real de delitos de asalto y robo en el estado de Hidalgo.

3. Como lo analizamos en el cuadro comparativo de las diferentes legislaciones penales, estados de la república como , Colima, Guerrero, Guanajuato, Aguas Calientes, Baja California Sur, Ciudad de México y Michoacán no contemplan una concurrencia material de delitos para dicha conducta, sino solo como una calificativa o agravante del delito de robo.

Situación que atendiendo lo estudiado consideramos más técnico, puesto que hablar de la violencia del asalto y aun y cuando los delitos tienen bienes jurídicos tutelados diferentes no existe una correcta determinación de cada uno y atendiendo el análisis del concurso aparente de normas para no vulnerarlo este dejaría de contraponerse con el concurso real de delitos, logrando así también que no exista una desvaloración de la punibilidad del delito, puesto que se tomaría como una calificativa y no un delito diverso.

BIBLIOGRAFÍA

- (Código Penal para el Estado de Hidalgo, Artículo 9).
(Pacto de San José, Artículo 2).
- ALEXY ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2012, p. 64.
- Amparo directo 58/70. Antonio Paz González. 2 de junio de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo Fernández. Séptima Época: vol. 19, Segunda parte, Pág. 35.
- Amparo directo 7006/72. José Enrique García Dávalos. 6 de abril de 1979, 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Sostienen la misma tesis: Amparo directo 328/78. Raymundo Ruiz Herrera. 6 de abril de 1979. 5 votos. Séptima Época: vols. 121- 126, Segunda parte, Pág. 111. Precedente: Apéndice de Jurisprudencia 1917 – 1965, segunda parte, tesis Núm. 23, Pág. 76. Véase Séptima Época: Vol. 3, Segunda Parte, Pág. 77.
- AMUCHATEGUI REQUENA, GRISELDA, *Derecho penal*, segunda edición, Oxford, México, 2002, p. 413
- Bustos Ramírez, Juan, "Perspectivas y desafíos de la política criminal de la laguna", en, Díaz Aranda, Enrique (comp.), *Derecho penal parte general*, México, 2012, p. 76.
- CÁRDENAS RIOSECO, RAÚL F., *El Principio Non Bis in Idem*, México, Porrúa, 2005, p.
- CARRARA, FRANCESCO en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p. 314.
- CDH, concluding observations of the human Rights Committee (Macau) : Portugal, del 04 de noviembre de 1999 (CCPR/C/79/Add.115),
<http://www.ohchr.org/EN/Countries/ENACARRegion/Pages/PTIndex.aspx>
- Código Penal para el Estado de Hidalgo, Art. 203)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 1/95, caso Alan García, párr. 3,
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.peru11.006.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/99, caso MEVOPAL S.A., de 11 de marzo de 1999, párr. 15 a 20,
- Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón vs Ecuador Comunicación no. 277/1988, U.N. Doc. CCPR/C/44/D/277/1988, observaciones finales del

26 de marzo de 1992, párr. 1.4,

http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2015/01/1992.03.26_No.277.1988_Marieta-Ter%C3%A1n-Jij%C3%B3n-v.-Ecuador_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, nro. 85, caso Cantos vs Argentina (excepciones preliminares), sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 22 a 31, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 69, caso *Cantoral Benavidez vs Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.

DÍAZ ARANDA ENRIQUE, *Derecho Penal, Parte General*, tercera edición, México, 2012, pp.89 y 90

DWORKIN RONALD, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 1977, p.277.

EMERSON L. THOMAS y HOBBER DAVID, *Political and Civil rights in the United States*, Vennis and Co., Inc. Buffalo, New York, 1952, p. 226.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, J.A., op. Cit, p. 379. *En el mismo sentido*, Arilla Bas, F., op. Cit, p.182

HARO GOÑI, ALFREDO, *El Non Bis in Idem en México*, editorial Tirant lo Blanch, 2012, pp. 47 y 48.

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/inadmisibilidad/argentina.mevopal.htm>

JAKOBS GUNTHER, “La imputación objetiva en derecho penal”, en, Díaz Aranda, Enrique (comp.), *Derecho penal parte general*, México, 2012, p.76.

JIMENEZ DE AZÚA, Luis, “*Principios del derecho penal. La ley y el delito*”, 3ª edición, editorial sudamericana, Buenos aires, 1990,p.365.

JIMENEZ HUERTA, en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p.

Jurisprudencia. 1a. Sala1a. /J. 29/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Abril del 2015, p.240.

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, *Teoría del delito*, México, 17a.ed, Porrúa, 2011, p.135.

LUCIANO PAREJO, ALFONSO, “Valores superiores” en Aragón Reyes, Manuel (Coord.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Madrid, Civitas, 2001, p.38.

MARIER, B.J., JULIO, *Derecho procesal penal*, Segunda Edición, Buenos Aires, 1969, Editores del Puerto, s.r.l... p.288.

- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2004, p. 646.
- NUÑEZ RICARDO , en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p.328.
- Ottaviano, Santiago, *La Garantía del Non Bis In Idem, La prohibición de doble sanción...*, Porrúa, México, 2013, p. 85.
- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, *Diccionario de Derecho Penal*, Porrúa, México, 1997, p.718.
- PILITOFF, SERGIO, en, Reinoso Dávila, Roberto, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p. 359
- Real Academia Española, http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=fundamentar,significado_fundamentar, septiembre 2017.
- REINOSA DAVILA, ROBERTO, *Derecho penal parte especial*, México, Porrúa, 2013, p.314.
- Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 1675.
- VELEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, p.46, Nota número 30.
- ZAGREVELSKY GUSTAVO, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, 11ª. ed. trad. de Marina Gascon, España, Trotta, 2011, p. 29.