
**LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL
DE LA PENA Y DE LA EXCUSA
ABSOLUTORIA EN LOS DELITOS
PATRIMONIALES DEL CPDF***

**PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA
Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO**

SUMARIO. I. Introducción. II. La disposición contenida en el párrafo último del artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal. III. Requisitos de operatividad de la figura. IV. Conclusión. V. La disposición contenida en el artículo 248 del Código Penal para el Distrito Federal. VI. Consideraciones conclusivas.

I. INTRODUCCIÓN

La enorme frecuencia con que se cometen en la Ciudad de México toda suerte de delitos de naturaleza patrimonial, es cada vez más preocupante. Sin embargo, no menos preocupante es la evidente sobrepoblación con que operan los distintos centros penitenciarios de la capital del país y que, desde luego, no permite la debida aplicación de los distintos mecanismos de prevención especial. Existe, obviamente, una relación de directa

* Los puntos II, III y IV han sido escritos por Roberto A. Ochoa Romero, y los puntos V y VI por Pablo Hernández-Romo Valencia

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

proporcionalidad entre el aumento en la comisión de delitos de tal categoría y el engrosamiento de la población penitenciaria.

En tal virtud, el poder legislativo del Distrito Federal ha establecido en el Código Penal, distintas figuras jurídicas que permiten solucionar ciertos conflictos jurídico-penales del orden patrimonial por la vía de la compensación, ya sea antes de que el Ministerio Público determine el ejercicio de la acción penal o, incluso, en sede de ejecución de sentencia. Tales son los casos de los artículos 246, último párrafo y 248, ambos del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF).

En efecto, el legislador penal del Distrito Federal ha establecido dos hipótesis de negociación de la responsabilidad penal en el ámbito patrimonial, para aquellos casos en que el sujeto activo repare el daño a satisfacción de la víctima, a cambio de una remisión total de ésta o, en su caso, del disfrute de una excusa absolutoria.

El objeto de tan interesantes disposiciones –y no por ello poco controvertidas–, es permitir la terminación de ciertas controversias penales del orden patrimonial en función de la satisfacción del daño o perjuicio causado. Se entiende así, que la previsión de tal mecanismo compensatorio responde particularmente a la categoría del interés jurídico tutelado, esto es, que en tratándose de controversias que implican una lesión a bienes jurídicos estrictamente individuales, no parece haber razón para impedir su terminación también de forma individual.

Sin embargo, tal y como se expondrá *in extenso*, el legislador del Distrito Federal parece diluir injustificadamente tal concepción y deja fuera de los referidos beneficios un gran catálogo de delitos de la misma naturaleza. Valga adelantar desde ahora nuestro disenso.

Por ello, en el presente trabajo buscamos exponer las inconsistencias del diferenciado régimen de beneficios, a la vez que se proponen puntuales alternativas de *lege ferenda*, pues en definitiva consideramos que tales previsiones deben alcanzar a la práctica mayoría de delitos de corte patrimonial, si entendemos, en línea de coherencia, que la intención del

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

legislador es justamente permitir la solución de controversias jurídico-penales de manera más pronta y equitativa.

II. LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 246 DEL CPDF

El artículo 246 se encuentra inserto dentro del Libro Segundo, Título Décimo Quinto –de los delitos contra el patrimonio–, Capítulo X –disposiciones comunes– del CPDF, y tiene por objeto, especialmente, establecer el catálogo de delitos –en este caso de carácter patrimonial–, cuya perseguibilidad requiere del agotamiento de un requisito de procedibilidad como el de la querella.

Dicha forma de persecución se acota, en principio, bajo ciertas consideraciones particularmente relacionadas con el sujeto activo. Así es, el régimen persecutorio a petición de parte en el ámbito patrimonial, opera para aquellos casos en que el delito en cuestión haya sido cometido por un ascendiente o descendiente, por el cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado. La misma precisión se realiza, extendiendo el régimen persecutorio aludido, también sobre aquellas personas que hubieren participado con aquellas en la comisión del ilícito.

De la mano de tal previsión se establece, como decíamos, un catálogo de delitos para cuya persecución se hace indispensable la presentación de la querella. El texto del numeral en comento es el siguiente:

Artículo 246. “Los delitos previstos en este título se perseguirán por querella, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad (sic) hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querella para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

- a) 220, cuando el monto del robo no exceda de cincuenta veces el salario, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cuando de las calificativas a que se refiere el artículo 225.
- b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235.
- c) 237, salvo que el delito se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y
- d) 239, 240 y 242;

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235 y 241, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

El sentenciado ejecutoriado por los delitos de Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta e Insolvencia Fraudulenta, sean perseguibles por querrela o de oficio, podrá obtener su libertad inmediata cuando cubra la totalidad de la reparación del daño y una vez que se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, por parte de la autoridad judicial única y exclusivamente, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido”.

El presente artículo precisa –en clave de números cerrados–, un amplio catálogo de conductas típicas de contenido patrimonial para cuya persecución se exige el ya citado requisito de procedibilidad. Se exceptúan de dicho régimen, ciertas conductas típicas especiales¹ y aquellas en las que *el lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos*.

¹ Por ejemplo la conducta típica de fraude por equiparación del artículo 233; ciertas formas especiales del despojo y su agravante por cualidad específica del pasivo del artículo 238; y, el delito de daños agravados del artículo 241 todos del CPDF.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

Sin embargo, es evidente que el precepto en cuestión adolece de técnica legislativa o, en el mejor de los casos, hace alarde de una técnica legislativa poco feliz. En efecto, con independencia de su poco precisa sistemática, vemos que se consagran distintos regímenes diferenciados en torno a un mismo conjunto de conductas típicas: a) delitos patrimoniales perseguibles a petición de parte; b) delitos patrimoniales perseguibles excepcionalmente por oficio (en un número menor y en función, entre otros, del monto del lucro o valor del objeto o, en su caso, de la plurisubjetividad del pasivo); y, c) un pequeño apartado en el que se consagra una por demás *sui generis* hipótesis de perdón del ofendido con efectos de remisión total de la pena.

En este orden, no queda claro el por qué se establece un amplio catálogo de delitos para cuya persecución se requiere de la presentación de una querrela; un número menor de delitos que, bajo las condiciones indicadas, no la requieren; y, finalmente, un supuesto de pretendido perdón del ofendido de aplicación restringidísima. Entendemos, en principio, que se trata de un régimen diferenciado que obedece a la mayor o menor afectación del bien jurídico protegido y, paralelamente, a la manifestación de una mayor o menor peligrosidad del sujeto activo; no obstante, tal apreciación se torna evanescente por virtud de la previsión contenida en el último párrafo del numeral en comento, que desatiende la distinción entre delitos perseguibles por querrela y por oficio.

Pero más allá de la previsión comentada y del injustificado régimen diferenciador que se establece en relación con la perseguibilidad de ciertos delitos de corte patrimonial, es justamente el párrafo último del numeral en comento el que llama especialmente la atención.

Efectivamente, el párrafo último del artículo 246 establece una hipótesis de perdón del ofendido con efectos de remisión total de la pena, para aquellos casos en que el sentenciado ejecutoriado cubra totalmente la reparación del daño,² declarándose extinta la potestad para ejecutar las

² Sobre la discusión en torno a la reparación del daño como forma de extinción de la pena, encontramos una interesantísima exposición en Beristain Ipiña, A. Giménez Pericás, A.; "Artículo

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

penas y medidas de seguridad exclusivamente por la autoridad judicial. El precepto referido opera –de manera muy restringida como adelantábamos–, únicamente en tratándose de los delitos de Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta e Insolvencia Fraudulenta.

Sobre este último apartado cabría primeramente formular las siguientes preguntas: ¿por qué el legislador penal del Distrito Federal ha decidido dejar fuera de la presente previsión al resto de delitos que se listan en el cuerpo del artículo 246? ¿No comparten todas las conductas típicas listadas el mismo bien jurídico? ¿Qué acaso el régimen persecutorio aquí consagrado no es el que permite por antonomasia el perdón del ofendido como causa de extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad?³ Ante tales condiciones parece no existir justificación alguna –o cuando menos no se deja ver–, para sustentar el por así decir elitismo criminal.

Pero con independencia de lo apuntado, la redacción del precepto ofrece serias inconsistencias y no menos graves contradicciones que serán evidenciadas al hilo de la presente exposición.

III. REQUISITOS DE OPERATIVIDAD DE LA FIGURA

La operatividad de la hipótesis de perdón del ofendido prevista en el párrafo último del artículo 246 que, como hemos dicho, provoca la remisión total de la pena, exige acumulativamente:

- a) Que exista sentencia ejecutoriada por cualquiera de los delitos siguientes: Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta o Insolvencia Fraudulenta.

21.5", en Comentarios al Código Penal, varios autores, t. II, Madrid, 1999, pp. 773 y ss.

³ Así lo establece el artículo 94, fracción IV, del CPDF: "La pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, se extinguen por: IV. "Perdón del ofendido en los delitos de querrela o por cualquier otro acto equivalente".

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

- b) Que el sentenciado cubra la totalidad de la reparación del daño.
- c) Que se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad exclusivamente por la autoridad judicial.
- d) Como requisito para la declaratoria de extinción: la manifestación expresa por parte del denunciante o querellante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.

A continuación se realizan algunos comentarios sobre la operatividad de la figura y, puntualmente, sobre cada uno de sus requisitos:

a) Que exista sentencia ejecutoriada por cualquiera de los delitos siguientes: Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta o Insolvencia Fraudulenta.

El primer requisito listado se refiere al espectro de aplicación de la figura. En efecto, la hipótesis de perdón del ofendido en comento opera remitiendo totalmente la pena establecida en sentencia ejecutoriada por la comisión de las conductas típicas de abuso de confianza, fraude genérico, administración fraudulenta e insolvencia fraudulenta, *sean perseguibles por querrela o de oficio*, lo cual permite, desde luego, su aplicación aun cuando *el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se hayan cometido en perjuicio de dos o más ofendidos*.

De esta guisa, se consagra la posibilidad de obtención de un importante beneficio penitenciario para aquellos casos en que el reo de los delitos citados repare el daño a *satisfacción de la víctima u ofendido*.

Sin embargo, cabe insistir en lo subrayado *ut supra*. Por qué el legislador del Distrito Federal no permitió la incursión en tan grande beneficio a los sujetos condenados por sentencia ejecutoriada, por alguna de las otras diez conductas típicas igualmente perseguibles por medio de la presentación de la querrela, sobre todo si, en cualquier caso, la hipótesis de remisión total no distingue entre delitos perseguibles a petición de parte y delitos

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

perseguidos de oficio, esto es, que no tiene en cuenta el régimen de excepción que establece el propio numeral por razón, entre otros, del monto del lucro o valor del objeto, o número del sujeto pasivo.

b) Que el sentenciado cubra la totalidad de la reparación del daño.

Conditio sine qua non para la operatividad del supuesto de perdón con efectos de remisión total de la pena, es cubrir la totalidad de la reparación del daño. La totalidad a que se refiere el precepto integra, desde luego, la reparación del daño y sus accesorios.⁴

Sobre este requisito conviene señalar que el precepto no señala condición cronológica alguna para limitar su funcionamiento.

Por tanto, debemos entender que la hipótesis puede operar en cualquier momento: desde que la sentencia correspondiente cause ejecutoria y hasta antes de que pudiera ser declarada la extinción de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad por cumplimiento de éstas.

Mención aparte merece el aspecto transaccional del supuesto. La ausencia de un requisito cronológico, limitador de la operatividad de la figura con referencia al momento en que la sentencia cause ejecutoria, permite y, aún más, propicia y hasta obliga la negociación entre las partes durante la ejecución de la pena y, por tanto, condiciona la aplicación del beneficio a la celebración del acuerdo sobre la reparación del daño; nada extraño por otro lado, pues la disposición está llamada a operar, fundamentalmente, como un mecanismo de protección de la víctima.

c) Que se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad exclusivamente por la autoridad judicial.

Las más modernas tendencias en torno a la reparación del daño como causa de modificación de la responsabilidad criminal se fundamentan, por lo general, en el comportamiento posdelictual del sujeto activo; comportamiento particularmente relacionado con la reparación del daño provocado y la atención o asistencia brindada a la víctima.⁵ Para tales

⁴ Véase artículo 42 del CPDF.

⁵ Por ejemplo la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño y atención a la víctima del artículo 21.5a del Código Penal español de 1995. Sobre el particular véase in extenso Quintanar Díez, M., "Artículo 21.5", en Comentarios al Código Penal, varios autores, t. II, Madrid, 1999, pp. 757 y ss.; Beristain Ipiña, A. Giménez Pericás, A., op. cit., pp. 765 y ss.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

efectos, se entiende que el comportamiento posdelictual-compensatorio debe operar antes de que el órgano jurisdiccional competente dicte una sentencia condenatoria, o sea, inmediatamente después de cometido el delito, lo que permite que sea efectivamente la autoridad judicial la que se ocupe de establecer, naturalmente a la baja, la reacción penal ante tal condición.

Empero, el precepto ahora en comento se separa abiertamente de la reciente tendencia y permite la aplicación del perdón en sede *post judicial*. Como vemos, el párrafo último del artículo 24⁶ establece que la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad deberá dictarla la autoridad judicial, aun cuando es claro que el supuesto está llamado a operar en sede de ejecución de sentencia, sede en la que surte la competencia de la autoridad administrativa del ámbito penitenciario.⁶ El ofrecimiento del perdón y sus efectos, por tanto, debieran tener lugar ante la autoridad ejecutora de la sanción penal.⁷

En tales condiciones, la aplicación del precepto implica extender la competencia formal y material de la autoridad judicial al ámbito administrativo, en franca violación de lo dispuesto por los artículos 18 y 21 de la Constitución general de la República.

En definitiva, a los actos de reparación del daño y de manifestación de ésta por parte del denunciante o querellante, se les otorga en este apartado la categoría de causa de extinción de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, considerándoseles actos propios de la figura del perdón del ofendido⁸ y otorgándoles la misma relevancia, aun cuando esta

⁶ Véase al respecto el artículo 10 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

⁷ En este sentido Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, México, 1998, p. 676; Plascencia Villanueva, R., *Teoría del delito*, México, 2004, p. 274.

⁸ En principio pudiera pensarse que el perdón del ofendido sólo debe tener relevancia como causa de extinción de la pretensión punitiva; sin embargo, el artículo 100 del Código Penal para el Distrito Federal, le reconoce también fuerza extraprocesal y capacidad para extinguir la

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

última figura opera únicamente en supuestos delictivos perseguibles a petición de parte.

De esta forma, la hipótesis aludida se convierte en un supuesto de perdón del ofendido con relevancia y vigencia *post judicial*, aplicable también en aquellos casos en que los delitos materia de la sentencia hayan sido perseguibles de oficio. Con ello, se extiende indebidamente el espectro de operación del perdón del ofendido y se desnaturaliza la figura; particularmente porque ésta debe encontrar aplicabilidad únicamente como causa de extinción de la pretensión punitiva, por estar relacionada íntimamente con delitos perseguibles mediante querrela y, consecuentemente, con la muy personal renuncia a la protección de bienes jurídicos estrictamente individuales.

En cualquier caso, sigue sin resolverse la cuestión de por qué el legislador penal del Distrito Federal ha decidido dejar fuera de tal previsión al resto de delitos patrimoniales perseguibles por querrela.

d) Como requisito para la declaratoria de extinción: la manifestación expresa por parte del denunciante o querellante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.

Este último requisito viene a confirmar lo ya expuesto en el sentido de que el párrafo último del artículo 246, habilita una hipótesis de perdón del ofendido con relevancia *post judicial* –eliminadora de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad–, aplicable incluso para delitos perseguibles de oficio. Ello es así, en atención a que el propio artículo 100 del CPDF exige –al igual que el supuesto que se comenta–, *a los efectos de que el perdón opere como causa de extinción de la pretensión punitiva*

potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad: “El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad”.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

la manifestación por parte de quien esté autorizado para ello de que el interés afectado ha sido cubierto.

Es importante mencionar también en relación con este último requisito, que la operatividad de la figura compensatoria depende en gran medida de la voluntad del denunciante o querellante.

En efecto, se deja en manos de la víctima u ofendido la posibilidad de obtención del beneficio por parte del sentenciado, pues la propia ventaja penal depende de la declaración de extinción de facultades punitivas, y ésta a su vez se encuentra inexorablemente condicionada a la declaración expresa del afectado sobre la *satisfactoria* reparación del daño.⁹ Y decimos que se trata de una manifestación sobre la reparación satisfactoria del daño, en atención, primero, a que el propio precepto exige que el *sentenciado repare totalmente* el daño y, en segundo lugar, porque sería absurdo pensar en la disposición del denunciante o querellante para realizar tal manifestación si el interés afectado por el delito no ha sido *plenamente* satisfecho.

IV. CONCLUSIÓN

El precepto contenido en el párrafo último del artículo 246 del CPDF, consagra una especie de perdón del ofendido que opera como causa de extinción de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, para ciertas conductas típicas de contenido patrimonial, aun cuando se trate de delitos perseguibles de oficio.

La previsión de la figura –con independencia de su dudosa constitucionalidad y a pesar de que colisiona frontalmente con lo dispuesto por el artículo 100 del CPDF–, debiera contemplar también –si la intención político criminal del legislador es, aun colateralmente, la de permitir la disminución de la población penitenciaria del Distrito Federal–,

⁹ La disposición en comento opera de tal forma en razón de que se trata de un mecanismo protector de los derechos de la víctima u ofendido.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

al resto de conductas típicas patrimonialmente relevantes y de persecución querrellosa.

Se trata de un mecanismo que posibilita la remisión total de la pena a través de la reparación del daño en sede de ejecución de sentencia. Se observa, por tanto, una figura de claros beneficios bipartitos: *la reparación del daño y la remisión total de la pena*. Sin embargo, la exégesis de la figura permite advertir que el verdadero beneficio es aquel dirigido a la víctima, más que al propio sujeto del beneficio penitenciario, por lo que permanece en aquella –justificadamente desde nuestra perspectiva–, la potestad libérrima para conceder o, dicho de otra manera, para liberar las condicionantes básicas para la operatividad de la figura.

En cualquier caso, de conformidad con las razones que han quedado expuestas, es evidente que la redacción del párrafo último del artículo 246 del CPDF, debe ser objeto de una reforma que permita el funcionamiento de la figura en aquellos casos en que la sentencia ejecutoriada verse sobre cualquiera de los delitos perseguibles a petición de parte, debiendo dejar claro que la tramitación del perdón y sus efectos deberán tener lugar ante la autoridad administrativa del ámbito penitenciario, que es la que en última instancia debe decretar la extinción de la facultad para ejecutar las penas y medidas de seguridad.¹⁰

V. LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 248 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El artículo 248 del CPDF establece:

“No se impondrá sanción alguna para los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234;

¹⁰ El propio artículo 68 Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, establece que una de las formas de extinción de las penas y medidas de seguridad es el perdón del ofendido. En consecuencia, lo correcto sería que fuera la propia autoridad administrativa del ámbito penitenciario la que decretase tal extinción.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si éste restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión.

En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados”.

Lo primero que ha de decirse es que la redacción de este artículo ha sido totalmente desafortunada; es un artículo que no es claro, que carece de lógica en algunos puntos –por qué hace mención a la nominación del delito previsto en el artículo 237 (despojo) y respecto de los otros no dice nada–, que viola ciertos límites del *ius puniendi* –igualdad– y que debería de ser modificado para de esa forma acabar con las lagunas de punibilidad que se presentan –como es el caso del robo equiparado, el abuso de confianza y del fraude específico–.

Es necesario mencionar desde ahora, que estamos en presencia de tres modalidades distintas en las que se puede aplicar la excusa absolutoria para efectos de algunos delitos patrimoniales. La *primera*, que hace referencia a los artículos 220, cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234; la *segunda*, que habla del monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio, siempre que no exceda de cincuenta veces el salario mínimo y; la *tercera*, que habla del despojo y del daño en propiedad ajena. Ahora bien, estas tres modalidades exigen varios requisitos para que se pueda aplicar la excusa absolutoria, que

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

si no se dan no podrá operar la misma, éstos son: 1) que el agente sea primo-delincuente; 2) que restituya el objeto del delito o satisfaga los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios; 3) antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal. Claro está, siempre y cuando, 4) no se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión, ya que en este último caso, no se podrá otorgar la excusa absolutoria.

Para poder comprender este artículo –especialmente– es necesario saber las reglas de la puntuación; en este caso en particular del punto y coma (;); ya que de lo contrario no se podrá entender el sentido del artículo en comento.

El punto y coma tiene tres usos lingüísticos;¹¹ sin embargo, el que opera para efectos de este artículo es el que determina que dicha puntuación sirve “para separar oraciones sintácticamente independientes entre las que existe una estrecha relación semántica”, tal como lo expresa el *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*.

Una vez comprendido lo anterior, es momento de entrar de lleno y desentrañar el contenido del artículo 248; especialmente el párrafo primero.

1. La excusa absolutoria. Concepto y diferencias con las causas de justificación y las condiciones objetivas de punibilidad

Lo primero que se lee en el artículo 248 del CPDF, es que “no se impondrá sanción alguna para...” determinados delitos. Esto es, aun cuando estén

¹¹ De conformidad con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, los usos lingüísticos del punto y coma son: 4.3.1.1. Para separar los elementos de una enumeración cuando se trata de expresiones complejas que incluyen comas; 4.3.1.2. Para separar oraciones sintácticamente independientes entre las que existe una estrecha relación semántica; 4.3.1.3. Se escribe punto y coma delante de conectores de sentido adversativo, concesivo o consecutivo, como pero, mas, aunque, sin embargo, por tanto, por consiguiente, etc., cuando las oraciones que encabezan tiene cierta longitud. Si el periodo encabezado por la conjunción es corto, se usa la coma; y si tiene una extensión considerable, es mejor utilizar el punto y seguido.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

totalmente acreditados todos los elementos del delito, no se castigará ese hecho.

Estamos en presencia de una *excusa absoluta*,¹² ya que en el presente artículo, no obstante darse una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador los declara expresamente exentos de pena por razones político-criminales, de utilidad o de oportunidad política.¹³ En este caso, se requiere una circunstancia personal¹⁴ y por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico excluyen la imposición de una pena.¹⁵

Ha de decirse que, no afectan al bien jurídico, ni al modo de cometerse el delito, ni a la actitud del autor frente al derecho según aquella se manifiesta en el hecho, sino que la excusa absoluta se sitúa más allá del injusto y de la culpabilidad.¹⁶

En pocas palabras, se puede decir que en una excusa absoluta se trata de casos de "*perdón legal*"¹⁷ y encuentra su fundamento en razones político-criminales, de oportunidad política o de utilidad.¹⁸ Esto es, sí hay delito, pero se excluye la punibilidad del delito.¹⁹

El término "*excusa absoluta*", así denominado por los hispano-hablantes y los franceses –de hecho, dicho término fue acuñado en el

¹² Díaz de León, Marco Antonio: *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios*, p. 1346.; Quijada, Rodrigo: *Código Penal*, pp. 490, 491., quien remite a cada uno de los delitos en comento y ahí explica. García Cordero, Fernando: "Artículo 248", p. 595.

¹³ Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado*, p. 138.; Sainz Cantero, José A.: *Parte general*, p.133.; Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio/Huerta Tocildo, Susana: *Parte general*, pp. 127, 128; Higuera Guimerá, Juan-Felipe: "las excusas absolutorias", p. 396. En Italia, Pioletti, Giovanni: "Punibilità (cause di esclusione della)", p. 525; Mantovani, Ferrando: *Parte generale*, p. 817. En Alemania, Hassemer, Winfried: *Fundamentos del derecho penal*, p. 302.

¹⁴ García-Puente Llamas, José: "Nuestra concepción de las excusas absolutorias", p. 96.

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan J. Hormazábal Malarée, Hernán: *Parte general*, p. 357.

¹⁶ Hans-Heinrich, Jescheck: *Parte general*, p. 500; Calderón Cerezo, Ángel, Choclan Montalvo, José Antonio, *Parte general*, p. 246.

¹⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado*, p. 146.

¹⁸ Sainz Cantero, José A., *Parte general*, p. 134.

¹⁹ Luzón Peña, Diego-Manuel, "Punibilidad", p. 1053; Moreno-Torres Herrera, Ma. Rosa, "La punibilidad", p. 867.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

derecho penal francés–,²⁰ se debe fundamentalmente a Silvela; este fue el primer tratadista que hace mención a dicha expresión;²¹ y considera que el legislador veía más útil tolerar el delito que castigarlo, aun reconociendo que existe delito y persona que de él pudiera responder.²²

En Alemania y en Italia, si bien existen las excusas absolutorias no se denominan de esta manera; en Alemania se denominan “causas personales que excluyen de pena o que eximen de pena”²³ o “causas personales de anulación y de exclusión de la pena”;²⁴ en Italia se denomina “causas de exclusión de la pena”²⁵ o “causas personales de exclusión de la punibilidad”.

Es necesario aclarar que si bien las excusas absolutorias excluyen la pena, no deben confundirse con otras causas de exclusión de la pena que no surgen de las consideraciones relacionadas directamente con el bien jurídico protegido, como pueden ser la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, etc. Esto es, *las excusas absolutorias son causas específicas de exclusión de la pena.*²⁶ Sin embargo, éstas –las excusas absolutorias– no se encuentran consignadas en la Parte general de los

²⁰ Por todos, Higuera Guimerá, Juan-Felipe, “las excusas absolutorias”, p. 396.

²¹ Silvela, Luis, *El derecho penal estudiado en principios*, p. 201, donde dice: “Mas, si examinamos con atención nuestro Código, habremos de hallar que existen otras causas que producen el efecto de eximir de responsabilidad criminal á la persona que ejecuta un hecho castigado por la ley, algunas aplicables á todos los actos criminales, otras á delitos especiales y determinados.

Estas causas, que no tienen denominación especial en nuestro derecho, pueden ser, con bastante propiedad, designadas bajo el nombre de excusas absolutorias”.

²² Silvela, Luis, *El derecho penal estudiado en principios*, p. 201.

²³ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, p. 70; Maurach, Reinhart: *Tratado de derecho penal*, pp. 90 y ss., si bien en dicha obra también se hace mención a las “excusas absolutorias”; Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, pp. 135, 136; para la *denominación exacta se puede ver la misma obra*, el t. II, en la p. 296, cuando dice: “admitir una excepción en las denominadas causas personales que excluyen la pena, cuyo ámbito...”.

²⁴ Hassemer, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, pp. 301 y ss.; Hans-Heinrich, Jescheck, *Parte general*, pp. 500 y ss.

²⁵ Pioletti, Giovanni, “Punibilità (cause di esclusione della)”, pp. 524 y ss.; Mantovani, Ferrando, *Parte generale*, p. 817.

²⁶ Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S., *Parte general*, p. 957.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

códigos; sino que se encuentran dispersas en la Parte especial donde se definen los tipos delictivos.²⁷

También es necesario dejar en claro, *que no se trata de una causa de justificación*, ya que en el caso de las excusas legales absolutorias se dan completamente las características materiales de la tipicidad y la antijuridicidad; por lo tanto, no pueden ser causas de justificación,²⁸ ya que en estas últimas se excluye la antijuridicidad.²⁹

Es necesario también mencionar, que al igual que las excusas absolutorias, las *condiciones objetivas de punibilidad*, tienen un elemento común; éste es, que ambas instituciones van referidas a la punibilidad, y que son ajenas a lo injusto y a la culpabilidad. La diferencia entre estas dos instituciones, es que en las excusas absolutorias si concurre el hecho condicionante se excluye la aplicación de la pena; mientras que cuando concurre la condición objetiva de punibilidad se puede imponer la pena.³⁰ Como dijera Welzel, las excusas absolutorias son condiciones objetivas de punibilidad formuladas en forma negativa.³¹

Esto es, así como existen circunstancias que excluyen el injusto o la culpabilidad, otras categorías excluyen la punibilidad y se denominan excusas absolutorias.³²

Existen diversas razones de ser de las excusas absolutorias. Unas , en ocasiones se declara la exención de pena con apoyo en el principio político criminal de intervención mínima, para evitar una excesiva entrada del derecho penal en esferas que se estima deben permanecer ajenas a la intervención punitiva del Estado.³³ Dos, otras veces se busca con la exención, hacer desistir a los autores de la acción criminal emprendida, porque desde

²⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado*, p. 140.

²⁸ Bustos Ramírez, Juan J., Hormazábal Malarée, Hernán, *Parte general*, p. 358.

²⁹ Pioletti, Giovanni, "Punibilità (cause di esclusione della)", p. 529.

³⁰ Higuera Guimerá, Juan-Felipe, "las excusas absolutorias", p. 389; Mapelli Caffarena, Borja: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 101 y ss.

³¹ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, p. 70.

³² Calderón Cerezo, Ángel, Choclan Montalvo, José Antonio, *Parte general*, p. 246.

³³ Silvela, Luis, *El derecho penal estudiado en principios*, p. 201.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

el punto de vista de la lucha estatal contra ella se estima más oportuno y eficaz perdonar a algunas persona los hechos delictivos ya realizados que esperar a que termine la acción para aplicar el rigor de la ley.³⁴ Tres, se considera que puede resultar de mayor utilidad para el sujeto pasivo o para la sociedad brindar al autor del injusto típico y culpable, a cambio de perdón legal, la oportunidad de que repare el daño causado.³⁵ Esta tercera razón es el fundamento de la excusa absolutoria en comento.

La excusa absolutoria no afecta a ninguno de los elementos del delito; únicamente afecta la punibilidad. Ésta se verá afectada ya que la expresa previsión legal hace imposible la aplicación de la pena que se conmina para la conducta de que se trata.³⁶ De todas formas, en estos casos, sí existe el merecimiento de la pena del hecho; sin embargo, las excepciones especiales de carácter personal tienen por consecuencia que desde un principio esté excluida la necesidad de la pena del hecho o que ésta, posteriormente, sea suprimida.³⁷

En las excusas absolutorias, siempre se observará un hecho o un comportamiento que se realizará después de que un hecho típico y culpable haya sido cometido.³⁸ Esto es, la pena merecida por el hecho delictivo queda anulada por hechos posteriores.³⁹

Por afectar exclusivamente la punibilidad, la función eximente no abarca la responsabilidad civil; esto es, la ejecución de la conducta no genera

³⁴ García-Puente Llamas, José, "Nuestra concepción de las excusas absolutorias", p. 92., en especial cuando dice: "Una prueba más que lo que mira en la excusa absolutoria, es evitar consecuencias más graves a la rebelión o sedición, es decir, al levantamiento".

³⁵ Silvela, Luis, *El derecho penal estudiado en principios*, p. 201; Sainz Cantero, José A., *Parte general*, pp.134, 135. En sentido similar, Hassemmer, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, pp. 302, 303.

³⁶ Sainz Cantero, José A., *Parte general*, p. 134.

³⁷ Hans-Heinrich, Jescheck, Weigend, Thomas, *Parte general*, p. 593.

³⁸ Fiore, Carlo, *Parte generale*, p. 360.

³⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado*, p. 146; Naucke, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, p. 301.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

responsabilidad penal, pero sí responsabilidad civil.⁴⁰ Esto es, existirá obligación de resarcir los daños, aun los morales.⁴¹ Esto es, aun cuando opere la excusa absolutoria, el denunciante/querellante, tendrá la facultad/posibilidad, de acudir a la jurisdicción civil y reclamar los daños y perjuicios, más el daño moral.

Problema interesante en las excusas absolutorias surge cuando nos cuestionamos si éstas deben de concurrir en el momento de la ejecución del delito o también son válidas para las sobrevenidas con posterioridad.⁴² Desde mi punto de vista, toda vez que estamos en presencia de un obstáculo procesal, no opera el principio de retroactividad.⁴³ Sin embargo, toda vez que corresponde al derecho procesal, regirá la excusa absolutoria que esté en vigencia al momento de cometerse el hecho.

2. Primera modalidad. Robo simple, robo agravado –algunos supuestos–, abuso de confianza equiparado, fraude y administración fraudulenta

La primera modalidad comisiva hace referencia a los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234. Es indispensable saber a qué injustos estamos haciendo referencia.

⁴⁰ Sainz Cantero, José A., *Parte general*, p.134; Luzón Peña, Diego-Manuel, "Punibilidad", p. 1054; Higuera Guimerá, Juan-Felipe, "las excusas absolutorias", p. 396; Calderón Cerezo, Ángel, Choclán Montalvo, José Antonio, *Parte general*, p. 246. En Italia, Mantovani, Ferrando, *Parte generale*, p. 817.

⁴¹ Pioletti, Giovanni, "Punibilità (cause di esclusione della)", p. 529.

⁴² Este cuestionamiento ha hecho que la doctrina española se cuestione sobre dicha nominación, solicitando se tome la terminología alemana, que diferencia entre causas de exclusión de la pena y causas de anulación o levantamiento de la pena.

Véase Moreno-Torres Herrera, Ma. Rosa, "La punibilidad", p. 868. De esta forma, las causas de exclusión de la pena serían aquellas que concurren al tiempo del hecho, mientras que las causas de anulación de la pena no se producirían hasta después de haberse realizado el hecho, lo que haría que se eliminara con carácter retroactivo la punibilidad ya existente.

⁴³ En opinión de Mezger, por lo que hace a las excusas absolutorias, estamos en presencia de obstáculos procesales, los cuales no corresponden al derecho penal, sino al derecho procesal penal. Véase Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, p. 135.

Robo simple y agravado, algunos supuestos

El tipo previsto en el artículo 220 es conocido en la doctrina como el tipo básico y también como robo simple.⁴⁴ Éste reza:

Artículo 220. "Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán:

I. Derogada.

II. Prisión de seis meses a dos años y sesenta a ciento cincuenta días multa, cuando el valor de lo robado no exceda de trescientas veces el salario mínimo o cuando no sea posible determinar el valor de lo robado.

III. Prisión de dos a cuatro años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de trescientas pero no de setecientas cincuenta veces el salario mínimo.

IV. Prisión de cuatro a diez años y de cuatrocientos o seiscientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de setecientas cincuenta veces el salario mínimo.

Para determinar la cuantía del robo, se atenderá únicamente al valor de mercado que tenga la cosa en el momento del apoderamiento".

Las diversas hipótesis que a continuación se presentan se conocen en la doctrina como el robo agravado.⁴⁵ Este artículo establece:

224. "Además de las penas previstas en el artículo 220 de este Código, se impondrá de dos a seis años de prisión, cuando el robo se cometa:

⁴⁴ Azzolini Bíncaz, Alicia, "Artículo 220", p. 444.

⁴⁵ Azzolini Bíncaz, Alicia, "Artículo 224", p. 474.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

- I. En lugar habitado o destinado para habitación, en sus dependencias, incluidos los muebles.
- III. Encontrándose la víctima o el objeto del apoderamiento en un vehículo particular o de transporte público.
- IX. En contra de un transeúnte, entendiéndose por éste a quien se encuentre en la vía pública o en espacios abiertos que permitan el acceso público”.

Surge la duda de por qué no opera la excusa absolutoria para el robo equiparado,⁴⁶ previsto en el artículo 221 del CPDF y sancionado en el artículo 220 del mismo ordenamiento.

Abuso de confianza equiparado

La doctrina ha denominado a los diversos tipos penales previstos en los artículos 228 y 229, abuso de confianza equiparado,⁴⁷ esto es, no es propiamente un abuso de confianza, pero dichas conductas son muy similares al delito de abuso de confianza. Éstos determinan:

Artículo 228. “Las mismas penas previstas en el artículo anterior se impondrán:

- I. Al propietario o poseedor de una cosa mueble, que sin tener la libre disposición sobre la misma a virtud de cualquier título legítimo a favor de tercero, disponga de ella con perjuicio de otro.
- II. Al que haga parecer como suyo, sin ser de su propiedad, un depósito que garantice la libertad caucional de una persona.
- III. Al que, habiendo recibido mercancía con subsidio o en franquicia para darles un destino determinado, las distraiga de ese destino o desvirtúe en cualquier forma los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia.

⁴⁶ Así se conoce en la doctrina al injusto previsto en el artículo 221 del CPDF, véase, por todos, Azzolini Bíncaz, Alicia, “Artículo 221”, pp. 456 y ss.

⁴⁷ Quijada, Rodrigo, *Código Penal*, pp. 448, 449.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

IV. A los gerentes, directivos, administradores, mandatarios o intermediarios de personas morales, constructores o vendedores que, habiendo recibido dinero, títulos o valores por el importe total o parcial del precio de alguna compraventa de inmuebles o para constituir un gravamen real sobre éstos, no los destine al objeto de la operación concertada y disponga de ellos en provecho propio o de tercero”.

Artículo 229. “Se equipara al abuso de confianza, y se sancionará con las mismas penas asignadas a este delito; la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley”.

Surge la duda, por qué no opera la excusa absolutoria para el abuso de confianza y sí opera para los equiparables al abuso de confianza.

Fraude genérico y artículo 232 del CPDF

Al injusto previsto en el artículo 230 del CPDF la doctrina lo ha bautizado con el nombre de “fraude genérico”, y a las diversas hipótesis previstas en el artículo 231 del mismo ordenamiento, como “fraude específico”.⁴⁸ Este artículo establece:

Artículo 230. “Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán:

I. De veinticinco a sesenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor.

⁴⁸ Por todos, Carrancá y Trujillo, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl, *Código penal anotado*, pp. 982 y ss. Si bien los mencionados tratadistas hablan de Código Penal Federal, es perfectamente equiparable a la legislación del Distrito Federal.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo.

III. Prisión de dos años seis meses a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo.

IV. Prisión de cuatro a seis años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil pero no de diez mil veces el salario mínimo.

V. Prisión de seis a once años y de ochocientos a mil doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez mil veces el salario mínimo.

Cuando el delito se cometa en contra de dos o más personas, se impondrá además las dos terceras partes de las penas previstas en las fracciones anteriores”.

Aquí también surge el mismo cuestionamiento que nos hemos hecho en los otros apartados, por qué no opera la excusa absolutoria respecto del fraude específico.

Artículo 232. “A quien por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle le cause perjuicio patrimonial, se le impondrán de cuatro meses a dos años seis meses de prisión y de setenta y cinco a doscientos días multa”.

Administración fraudulenta

El tipo de administración fraudulenta está tipificado en el artículo 234 del CPDF, éste reza:

Artículo 234. “Al que por cualquier motivo, teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas, realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude”.

Una vez conocidos cuáles son los delitos mencionados en los artículos contemplados en la primera modalidad del artículo 248 del CPDF, surge la duda, por qué el legislador no consideró que también debería de operar la excusa absolutoria para los delitos de *robo equiparado*, previsto en el artículo 221 del CPDF y sancionado en el artículo 220 del CPDF; *abuso de confianza*, previsto y sancionado en el artículo 227 del CPDF y; los fraudes específicos previstos en el artículo 231 del CPDF en sus diversas fracciones y sancionados en el artículo 230 del CPDF.

3. Segunda modalidad. La cuantía –50 veces el salario mínimo– en cualquier delito patrimonial.

Innecesario dicho requisito

La segunda modalidad establece que la excusa absolutoria operará para cualquier delito previsto en el capítulo de los delitos patrimoniales, siempre y cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo.⁴⁹

⁴⁹ Para una interpretación distinta, véase García Cordero, Fernando, “Artículo 248”, p. 595, para quien los artículos antes mencionados en la excusa absolutoria –si bien el autor antes mencionado no hace mención al artículo 220– la cuantía de los mismos no puede exceder de cincuenta veces el salario mínimo. No comparto la postura antes mencionada ya que si se observan los artículos 220, 228, 229, 230 y 234, en todos estos o bien se habla de la pena dependiendo del daño patrimonial o se remite la pena al tipo básico para conocer la pena; pero en cualquier caso la pena dependerá de la cuantía del perjuicio patrimonial. Por lo que, como está redactado el artículo, no parece lógico que el legislador obligue a que no pase de determinada cuantía, cuando el mismo artículo, dentro de las posibles penas, todas ellas están establecidas con base en un valor mayor a cincuenta veces el salario mínimo. Ahora bien, es importante dejar en claro que en la exposición de motivos de fecha 25 de febrero de 2002, presentada por el entonces jefe de gobierno del Distrito Federal, se deja en claro que el sentido de la reforma al artículo 248 del CPDF es, porque se reformaría el artículo 220, fracciones I y II, del CPDF; ésta decía: “En virtud de la propuesta de reforma al artículo 220, fracciones I y II, es que se sugiere modificar el artículo 248 del Código Penal vigente, en el que se especifique que

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

Si bien durante la tramitación legislativa se dijo que la comisión dictaminadora consideraba que este requisito debería de ser aplicable a todos los delitos patrimoniales, finalmente no fue así; no sabemos por qué razón.

Nótese cómo si esa hubiera sido la finalidad del legislador, dicho requisito –la cuantía–, lo hubieran puesto al final de la enumeración de todos

no se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, fracción II, 228, 229, 230, 232, 234, despojo a que se refiere el artículo 237, fracciones I y II, siempre y cuando no se cometa con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, cuando el agente sea primo-delincuente, si éste restituye el objeto del delito y satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión". Sin embargo, la Dictaminadora consideró que por lo que hacía a la posible reforma al artículo 248, lo ideal era imponer una "limitante a la regla general del citado artículo para que ella se aplique sólo cuando el monto del daño en los delitos que contempla sea inferior a cincuenta veces el salario mínimo". Ahora bien, durante la tramitación en la Asamblea Legislativa del D. F., el diputado Gilberto Ensástiga Santiago manifestó: "Queremos también señalar que una de las preocupaciones principales de esta Comisión era relacionar el trato que se les dé a los primodelincentes y hemos incorporado en el artículo 248 del cuerpo de este dictamen lo siguiente: "No se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220 en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del articulado 224, 228, 229, 230, 232 y 234, cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de 50 veces el salario mínimo, despojo a que se refiere el artículo 237, fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas". ¿Qué quiere decir? Que en el caso de que un primodelincuente cometa el delito de robo y no exceda su valor en los 50 salarios mínimos, si no hay violencia física y moral y no intervengan dos o más personas, no se aplicará sanción, pero también tiene que incorporarse los siguientes requisitos: 'Todos ellos, cuando el delincuente o el agente del delito sea primodelincuente, además debe de restituir el objeto del delito, debe satisfacer los daños y perjuicios y si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o tenga que suceder lo relativo a la privación de la libertad o extorsión'." El mismo diputado dijo posteriormente, en la misma sesión: "También hemos puesto en otros artículos que en el caso, ya lo habíamos dicho nosotros, el artículo 248 de los primodelincentes, quienes por primera vez delinquen, hemos puesto una serie de requisitos para que se les pueda dar otro trato, porque efectivamente no queremos que se le dé el mismo trato a quien roba por primera vez que a quien lo hace habitualmente, y esta reforma va dirigida para aquellos que permanentemente roban, afectan a la ciudadanía y es prácticamente su forma de vida".

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

los delitos patrimoniales a que hace referencia; pero no fue así. Por lo tanto, aun cuando esa haya sido una de las finalidades del legislador, al final del debate legislativo, el artículo quedó redactado de otra forma. Y en estricto apego al principio de legalidad, otra interpretación distinta a ésta, desde mi punto de vista, sería contraria a las reglas lingüísticas y a lo expresamente dicho en el artículo en comento. Esto es, en parte permanece como en el texto original y en parte se adiciona esta nueva modalidad.

Esta segunda modalidad no hace mención específica a algún tipo de delito; sino que deja la posibilidad abierta de que siempre que el monto, valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, tratándose de cualquier delito de los previstos en el Título Décimo quinto, nominado "Delitos contra el patrimonio", pueda no ejercitarse la acción penal si se repara el daño, antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal. Claro está, siempre que no se dé alguna de las excepciones que más adelante se mencionan.

Los capítulos que se comprenden en el Título antes mencionado son: Capítulo I, "*Robo*"; Capítulo II, "*Abuso de confianza*"; Capítulo III, "*Fraude*"; Capítulo IV, "*Administración fraudulenta*"; Capítulo V, "*Insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores*"; Capítulo VI, "*Extorsión*"; Capítulo VII, "*Despojo*"; Capítulo VIII, "*Daño a la propiedad*", Capítulo IX, "*Encubrimiento por receptación*".

Si bien, ya conocemos la nominación de los capítulos, es necesario mencionar, que dentro de varios de estos capítulos, se comprenden modalidades comisivas que no caben dentro de la figura básica, como es el caso de la equiparación al abuso de confianza, que no es en sí un abuso de confianza, y que está previsto en los artículos 228 y 229, ambos del CPDF; o también sería el caso de los fraudes específicos, contemplados en el artículo 231 en sus diversas fracciones, del CPDF; entre otros delitos.

No obstante lo anterior, para efectos de esta modalidad comisiva, quedarán comprendidos todos los artículos previstos en el Título Décimo quinto, que van del artículo 220 al 245, a excepción del artículo 236 que comprende el delito de extorsión, ya que éste se halla expresamente

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

prohibido en el artículo que se comenta.

Desde mi punto de vista, esta mención era innecesaria, ya que este tipo de cuantía está contemplado en todos los tipos penales patrimoniales básicos; por lo que, considero que es absurda su mención. Sin embargo, esta modalidad operará para todos los delitos patrimoniales, a excepción de la extorsión.

4. Tercera modalidad. Despojo y daño en la propiedad

La tercera modalidad hace mención al injusto contemplado en el artículo 237, fracciones I y II, con ciertas reservas y al delito previsto en el artículo 239, ambos del CPDF.

Despojo

El artículo 237 del CPDF establece lo que es el despojo, y señala lo siguiente:

Artículo 237. "Se impondrá de tres meses a cinco años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa:

- I. Al que de propia autoridad, por medio de violencia física o moral, el engaño o furtivamente, ocupe un inmueble ajeno, haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca;
- II. Al que de propia autoridad y haciendo uso de cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior o furtivamente, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante".

Para el caso del despojo, el legislador consideró que únicamente operará la excusa absolutoria siempre y cuando el despojo no se cometa con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas. Nótese como el legislador utilizó la letra "y", que en este caso es copulativa; lo que indica

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

que a fuerza tiene que tratarse del caso de que dos o más personas despojen a alguien y además el despojo debe de realizarse a través de la violencia física o moral, para que no opere la excusa absolutoria. Sin embargo, sí operará la excusa absolutoria para el caso de quien realizando el tipo de despojo, utilice la fuerza física o moral siempre que realice la conducta por sí; esto es, siendo el único autor del delito, también opera si lo realizan dos o más personas sin violencia.

Daño a la propiedad

El delito de daño a la propiedad está tipificado en el artículo 239 del CPDF, que establece:

Artículo 239. "Al que destruya o deteriore una cosa ajena o una propia en perjuicio de otro, se le impondrán las siguientes penas:

- I. De veinte a sesenta días multa, cuando el valor del daño o exceda de veinte veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;
- II. Prisión de seis meses a dos años y sesenta a ciento cincuenta días multa, cuando el valor del daño exceda de veinte pero no de trescientas veces el salario mínimo;
- III. Prisión de dos a tres años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor del daño exceda de trescientos pero no de setecientos cincuenta veces el salario mínimo; y
- IV. Prisión de tres a siete años y de cuatrocientos a seiscientos días multa, cuando el valor del daño exceda de setecientos cincuenta veces el salario mínimo".

Este delito se puede realizar a través de la modalidad dolosa o culposa; en cualquier caso operará la excusa absolutoria.

5. Requisitos comunes a todas las modalidades

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

Independientemente de la modalidad de que se trate, para que opere la excusa absolutoria, el artículo establece dos requisitos:

1) que quien realizó el delito sea primo-delincuente; 2) que restituya el objeto del delito o satisfaga los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios.

Estos dos requisitos deben de realizarse antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal.

Ahora bien, la excusa absolutoria no surtirá efectos si, aun cuando se trate de los delitos mencionados anteriormente, cual quiera de los delitos mencionados sea cometido a través de la violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión.

Primo-delincuente

El primer requisito para que surta efectos la excusa absolutoria que estamos comentando es que el que cometió el delito sea primo-delincuente.

El término "primo-delincuente" es un término criminológico; por lo que habrá de ver a qué se refiere exactamente esto. Sin embargo, gramaticalmente hablando "primo" significa de conformidad con el *Diccionario de la lengua española "primero"*, y por "delincuente" se entenderá, el "Que delinque, que comete algún delito. Sujeto activo del delito".⁵⁰

Por lo que, de conformidad con lo anterior, por primo-delincuente se entenderá, "el que comete un delito por primera vez".

El término "primo-delincuente", puede verse como un elemento normativo de valoración criminalística o como un elemento descriptivo; según la connotación que se le dé será el resultado que se obtenga.

Surge la cuestión, dicho término hace referencia al sujeto activo que ha cometido cualquier delito, o deberá de tener dicha calidad por haber cometido un delito patrimonial previo. La pregunta no es ociosa, el término puede tener ambas connotaciones.

⁵⁰ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, p. 639.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

Sin embargo, en el Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal queda totalmente en claro que dicho término hace referencia a quienes cometen delitos patrimoniales –ellos hablan específicamente del robo–, pero nunca hablan de cualquier otro delito que no sea de carácter patrimonial. Por lo que dicho término únicamente hará referencia a quien haya cometido un delito patrimonial previamente.

Restitución del objeto del delito o que satisfaga los daños y perjuicios. Inequidad

Aunado al requisito anterior –ser primo-delincuente–, es necesario que quien cometió el delito restituya el objeto del delito o que satisfaga los daños y perjuicios. Este es el hecho posterior a que se refiere la doctrina, que tiene que existir, para que opere la excusa absolutoria; si este hecho no se da, no operará la excusa absolutoria.

Por “restituir” se entenderá, de conformidad con el *Diccionario de la lengua española*: “volver algo a quien lo tenía antes”.

El término “objeto del delito” es una categoría que ha sido objeto de diversas limitaciones conceptuales, ya sea como “objeto de acción” o como “objeto de tutela”. En opinión de Polaino Navarrete, es preferible considerar que con esta expresión, “se alude sólo a la incorporación tanto del objeto de acto como del objeto de protección al concepto jurídico del delito”.⁵¹ Ahora bien, por “objeto de acción u objeto material” se entenderá “a la persona o el ente inanimado sobre el cual se realiza el movimiento corporal, que es propio de la conducta típica de los delitos, denominados de ‘resultado material’, que exigen la producción de un cambio externo tangible y sensorialmente perceptible”.⁵² En pocas palabras, “el objeto material es la cosa o sujeto sobre la (sic) que se realiza el delito”.⁵³

⁵¹ Polaino Navarrete, M., “Bien jurídico”, p. 185.

⁵² Polaino Navarrete, M., “Bien jurídico”, p. 184.

⁵³ Porte-Petit Candaudap, Celestino, *Derecho penal*, p. 351.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

Si bien el término "objeto del delito" tiene diversas acepciones, para efectos del artículo 248 del CPDF, se entenderá como "la cosa sobre la que se realiza el delito".

Esto es, que para efectos del término "restituya el objeto del delito", se entenderá que el primo-delincuente deberá devolver la cosa sobre la *que se realizó el delito a quien lo tenía antes*.

El legislador después de la frase "si éste restituye el objeto del delito", utiliza la letra "o", que en este caso es una disyuntiva; esto es, una alternativa entre dos cosas, por una de las cuales hay que optar. La otra cosa por la que "supuestamente" puede optar el que cometió el injusto es satisfacer los daños y perjuicios.

Por "satisfacer" se entenderá, de conformidad con el *Diccionario de la lengua española*: "pagar enteramente lo que se debe". Ahora bien, eso que se tiene que pagar enteramente, que se debe, hace referencia a los daños y perjuicios.

El artículo 42 del CPDF hace mención a qué comprende la reparación del daño; sin embargo he de decir desde ahora, que no creo que este artículo sea la clave para conocer qué quiso decir el legislador en el término "daños y perjuicios". Dicho artículo reza:

Artículo 42. (Alcance de la reparación del daño). "La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito.
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.
- III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión”.

Si se observa cuidadosamente el artículo antes mencionado, se puede ver que en la primera fracción se habla del *restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito*. Ahora bien, eso no podría suceder, porque es el primer requisito que dijo el legislador en el artículo 248 del CPDF; mismo que ya se comentó. Ahora bien, junto con la fracción primera, cabría también la fracción IV, del citado artículo. Eso implica que, de conformidad con dicho artículo, la autoridad judicial podría sancionar por la fracción primera y la cuarta simultáneamente, sin que exista problema alguno. Y esto no podría ser, para efectos del artículo que se comenta, toda vez que el legislador utilizó la letra o que en este caso es disyuntiva.

De conformidad con lo anterior, para efectos de este artículo, es necesario acudir a la legislación civil, para saber qué comprenden los *daños* y *perjuicios*. Así, de conformidad con el artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF): “Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”, y el artículo 2109 del CCDF establece: “Se reputa *perjuicio* la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”. De conformidad con lo anterior, para efectos de nuestro artículo, por daño se entenderá la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, como consecuencia del delito; y por perjuicio se entenderá la privación de cualquier ganancia lícita que debiera de haberse obtenido si no se hubiera cometido el delito.

Entonces, para efectos de nuestro estudio, el sujeto que cometa el delito, tendrá la opción, o restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios. Esto es absurdo, no creo que la finalidad del legislador haya sido que el que cometió el delito decida si hace una u otra cosa. Me explico. No considero correcto que el legislador haya deseado que el que cometió el injusto decida si a la víctima le restituye el objeto del delito o si prefiere

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

satisfacer los daños y perjuicios. Para como están las cosas, siempre lo mejor será el pago de los daños y perjuicios. Ya que el pago del daño comprende el valor del objeto del delito; por lo tanto, desde mi punto de vista resulta absurdo que por una parte se permita la restitución del objeto del delito únicamente, y por otra el valor del objeto más los perjuicios. Surge la cuestión, por qué no permaneció el perjuicio en ambos casos, tal como estaba en el texto original.

He de decir que fue en la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de fecha 15 de mayo de 2003, que se cambia la redacción de esa parte del párrafo, ya que el texto original del artículo era el ideal, éste rezaba:

“...y 239, cuando el agente sea primo-delincuente, si éste restituye el objeto del delito y satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal...”

Obsérvese que el legislador había dicho que se restituyera el objeto del delito y se satisficieran los daños y perjuicios. Esto es, no daba la opción al delincuente, tal como ahora está. Utilizaba la letra “y”, que en este caso implica el que sea copulativo.

Si no es posible la restitución, que cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios. El absurdo

La restitución no será posible cuando ya no se tenga el objeto; esto no operará para los bienes fungibles; ya que en estos casos bastará que se entregue un bien de la misma especie.

Surge la duda, por qué si se puede restituir el objeto del delito, el legislador permite que únicamente se regrese y ya se acaban los problemas; es más, el propio legislador le da la opción al delincuente para que opte por restituir el objeto o satisfaga los daños y perjuicios. Sin embargo, si no es posible la restitución, el legislador obliga al sujeto activo, al pago del valor

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

del objeto, más los daños y perjuicios. Desde mi punto de vista, esto carece de sentido.

Obsérvese que la redacción no es acorde. De conformidad con las definiciones que dimos con anterioridad respecto de los términos "daño" y "perjuicio"; siempre que se pague el daño, irá implícito el valor del objeto; ya que no olvidemos que el daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, como consecuencia del delito. Por lo que, como está redactada actualmente esta excusa absolutoria, si no es posible la restitución, el sujeto activo tendrá que pagar, el valor del objeto del delito por duplicado, ya que el legislador exige que sea, el valor del objeto, más los daños –donde va incluido el valor del objeto–, más los perjuicios. Esto es, se estará pagando el valor del objeto doblemente, más los perjuicios.

Antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal

El monopolio de la acción penal en México lo tiene el Ministerio Público. Él es el único que decidirá cuándo y por qué delito, consigna el expediente.⁵⁴

En el cuando se reúnan los requisitos anteriormente señalados, antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal.

Surge la duda de si es obligación del Ministerio Público aplicar de oficio la excusa absolutoria, o si ésta tiene que ser solicitada por el inculpado. Dicho cuestionamiento, dependiendo de la respuesta que se le dé, tendrá una trascendencia enorme o casi nula. Me explico.

Si se dice que es de oficio el que el Ministerio Público tenga que aplicar la excusa absolutoria, cualquier expediente que se consigne, si no se ha satisfecho dicho requisito, deberá ser de vuelta por parte de la autoridad judicial, hasta en tanto no se satisfaga dicho requisito. Mientras que si se dice que no es de oficio el actuar del Ministerio Público, entonces, si se presente caso, la excusa absolutoria únicamente surtirá efectos, siempre y

⁵⁴ Cfr. Artículo 21 constitucional.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

ejercita la acción penal, sin que se haya satisfecho dicho requisito no sucederá absolutamente nada.

Desde mi punto de vista, es obligación del Ministerio Público hacerle saber al inculpado que existe dicha excusa absolutoria. De esta forma existirá la posibilidad de que opere la excusa absolutoria, y podrá tener como consecuencia la economía procesal y disminuirá la carga judicial.

6. Excepción: "Salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión"

Aun cuando existan todos los requisitos mencionados con anterioridad, si alguno de los delitos mencionados anteriormente se comete, con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión, no procederá la excusa absolutoria. Me explico.

Creo que, como está redactado este último requisito, es un error del legislador. Obsérvese como dice "con violencia por personas armadas"; caso distinto sería si dijera "con violencia o por personas armadas"; en este último caso sería claro que el legislador estaría diciendo que no se aplicaría la excusa absolutoria si el delito se cometiera con violencia "o" por personas armadas. O también como estaba redactado en el texto original, ya que no dejaba lugar a dudas, que podría ser una u otra posibilidad. Pero no es el caso; de hecho si se quisiera realizar esta interpretación se estaría violando el principio de legalidad.

Ahora bien, tal y como está redactado el último requisito, es claro que el legislador dijo que se exceptuaba de la excusa absolutoria si el delito se cometía con violencia por personas armadas –nótese como está en plural–; esto es, *si únicamente se utiliza la violencia, pero las personas no están armadas, procederá el beneficio de la excusa absolutoria*; pero yendo más allá, obsérvese como no sólo se exige que se utilice la violencia y que las personas estén armadas; para como está redactado el artículo, también se exige que sean dos o más personas, ya que el término "personas armadas"

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

no deja lugar a dudas. De lo contrario hubiera dicho, "de delitos cometidos con violencia o por persona armada", o si se desea "de delitos cometidos con violencia por persona armada".

Pero como no está redactado de esa manera, no puede dar lugar a este tipo de interpretación; ya que de lo contrario se violaría el principio de legalidad.

Otra de las razones para que no proceda la excusa absolutoria es que aun cuando concurren los demás requisitos, si existe privación de la libertad o extorsión, entonces no procederá la excusa absolutoria.

El delito de privación de la libertad está tipificado en el artículo 160 del CPDF, y el delito de extorsión está tipificado en el artículo 236 del CPDF.

7. Crítica a la jurisprudencia del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito

El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en 2004, emitió una tesis en la cual, desde su punto de vista establecía determinados criterios, de cómo debía de entenderse la excusa absolutoria que opera en el artículo 248 del CPDF. En septiembre de 2006, dicha tesis fue elevada a rango jurisprudencial, ya que cuenta con cinco resoluciones en el mismo sentido, sin ninguna en contra, aprobadas por unanimidad de votos.

La jurisprudencia que a continuación se transcribe, desde mi punto de vista es contraria a lo que establece la ley y las reglas de la gramática.

Registro núm. 170938. Localización: novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, noviembre de 2007, p. 640. Tesis: I.6o.P. J/15. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

Excusa absolutoria en el delito de robo. Se actualiza cuando se reúnen los requisitos que establece el artículo 248 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no obstante que exista una conducta típica, antijurídica y culpable.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

El artículo 248 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (denominado así hasta el 9 de junio de 2006) contiene la figura de la excusa absolutoria, en la cual, no obstante que se dé una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador ha considerado innecesario que se imponga sanción alguna al sujeto activo; así, el precepto citado establece específicamente los ilícitos en que se puede actualizar dicha figura, entre otros, el delito de robo previsto en el artículo 220 del mismo ordenamiento, siempre y cuando: a) no se hubiese cometido con violencia física, moral o por personas armadas; b) que no intervengan dos o más personas en su comisión; y, c) que no medie en la comisión del ilícito, privación de la libertad o extorsión. Ahora bien, los requisitos para la procedencia de la excusa absolutoria son: que se restituya el objeto del delito, que se satisfagan los daños y perjuicios, y si no es posible la restitución, cubrir el valor del objeto, además de los daños y perjuicios antes de que el Ministerio Público ejerza acción penal. De lo anterior se colige que si en el delito de robo el sujeto activo restituye de forma espontánea el objeto del delito con posterioridad a su comisión y antes del ejercicio de la acción penal, además no existen daños y perjuicios que cuantificar, ni hubo violencia física o moral, ni participaron más de dos sujetos en su comisión, ni medió la privación de la libertad o extorsión, procede configurar la excusa absolutoria aun subsistiendo una conducta típica, antijurídica y culpable.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo directo 746/2004. 30 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Villanueva Zavala, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de magistrada. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

Amparo directo 2306/2004. 19 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Lara Hernández. Secretaria: Rosa María Cortés Torres.

Amparo directo 1566/2005. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Tereso Ramos Hernández. Secretaria: María de la Luz Romero Hernández.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

Amparo directo 976/2006. 16 de mayo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Paredes Calderón. Secretario: Daniel Ruiz Flores.

Amparo directo 2626/2006. 18 de septiembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Tereso Ramos Hernández. Secretario: Claudio Ojeda Pinacho.

El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito resuelve de forma contraria a lo que establece la ley y las reglas de la gramática; esto, con base en las siguientes razones.

Obsérvese cómo si bien los magistrados hacen mención a lo que es una excusa absoluta, según ellos el artículo 248 del CPDF establece determinados requisitos: "a) no se hubiere cometido con violencia física, moral o por personas armadas; b) que no intervengan dos o más personas en su comisión; y c) que no medie en la comisión del ilícito, privación de la libertad o extorsión".

Respecto del inciso a), he de decir, que lo que dice el Tribunal Colegiado, es exactamente lo que no dice la ley; tal como ya lo señale anteriormente. La ley dice: "...salvo que se trate de delitos cometidos *con violencia por personas armadas o...*". Nótese cómo la preposición *por* no deja lugar a dudas; ya que en este caso la preposición introduce un complemento que expresa el medio o el modo de ejecutar la acción verbal. Pero no indica, nunca –esta preposición– una disyuntiva, como lo quiere hacer pensar el Tribunal Colegiado. Esto es, la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado es contraria a las reglas de la gramática. Lo anteriormente dicho se puede observar en el *Diccionario de la lengua española*.⁵⁵ La interpretación realizada por el Tribunal Colegiado tendría sentido, respecto del texto original, pero no en el reformado, en fecha 15 de mayo de 2003. El texto original rezaba:

"...antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia, por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión".

⁵⁵ Diccionario del estudiante. Real Academia Española, p. 1097.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

Como estaba redactado, sí cabía dicha interpretación, ya que debido a las comas (,) dejaba en claro que no operaría la excusa absolutoria en cualquier delito de los mencionados, si el mismo fuese cometido con violencia o por personas armadas o mediante privación de la libertad o extorsión. Sin embargo, como la coma antes mencionada fue eliminada, no deja lugar a dudas, que ahora se exige, para que no opere la excusa absolutoria, que el delito sea cometido con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión. Por lo que, desde mi punto de vista, la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado no es adecuada. Por lo que hace al inciso b), he de decir que tal y como ya lo expresé en el punto VI, el término "*por personas armadas*", está en plural, lo que indica, que si intervienen dos o más personas armadas y realizan el injusto a través de la violencia –cualquiera que ésta sea–, no operará la excusa absolutoria. Esto es, por lo que hace al inciso b), considero que fue correcta la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado. El inciso c), de la jurisprudencia es totalmente claro y acorde con lo que establece la ley; por lo que no es necesario realizar crítica alguna.

De todo lo anterior se concluye que la interpretación realizada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, es contraria a las reglas de la gramática española; esto es, dicha jurisprudencia no está aplicando el derecho de forma adecuada.

8. La analogía "*in bonam partem*" como solución a las lagunas

El principio de legalidad implica la consecuencia material de que está prohibida en derecho penal la analogía desfavorable al reo, también conocida como *in malam partem*; ya que lo que no está expresamente tipificado por el legislador como conducta penal está permitido, por mucho que se piense en la necesidad de su estimación delictiva.⁵⁶

⁵⁶ Morillas Cueva, Lorenzo, Ruiz Antón, Luis Felipe, Parte general, p. 68.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

Sin embargo, no debe ignorarse que existe una distinción entre analogía favorable o *in bonam partem* y perjudicial para el reo o *in malam partem*. Esta última, creadora de delitos y penas, debe ser repudiada; por el contrario, la favorable para el reo, creadora de atenuantes y eximentes, debe gozar de plena vigencia.⁵⁷

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su artículo 14, párrafo tercero, menciona expresa mente la analogía *in malam partem*, cuando establece:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Tal y como opina Carbonell, respecto del artículo 14 de la CPEUM, “la prohibición de analogía se aplica solamente para la analogía *in malam partem*, es decir, la que es desfavorable para el reo. En sentido contrario, la analogía puede perfectamente admitirse en la interpretación de las excusas absolutorias o en cualquier aspecto que beneficie al acusado”.⁵⁸

La analogía supone un procedimiento de creación o integración del derecho por el juez, no de forma absolutamente libre, sino por referencia a una ley, por ser el supuesto de hecho, que no encaja en la definición legal, similar o análogo a otro hecho previsto legalmente.⁵⁹ La analogía constituye una clara invasión de la voluntad del poder judicial en la del Poder Legislativo; esto es, una absoluta vulneración del principio de legalidad.⁶⁰

⁵⁷ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, pp. 182, 183; Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, p. 123; Rodríguez Devesa, José María, *Parte general*, pp. 254, 255; Landrove Díaz, Gerardo, *Derecho penal*, p. 104; Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal*, p. 129; Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, p. 92; García-Pablos, Antonio, *Derecho penal*, p. 246; Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte general*, p. 79; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, García Rivas, Nicolás, Ferré Olivé, Juan Carlos, Serrano Piedecabras, José Ramón, *Parte general*, p. 42; Vassalli, Giuliano, “Analogia nel Diritto penale”, pp. 165 y ss.

⁵⁸ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, p. 684.

⁵⁹ Luzón Peña, Diego-Manuel, *Parte general*, p. 137.

⁶⁰ Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal*, p. 129.

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

La analogía consiste en aplicar un precepto jurídico que regula una determinada situación a otro hecho semejante no previsto en la ley.⁶¹

Es por esto, que el derecho penal prohíbe taxativamente la utilización de la analogía para crear o agravar la responsabilidad penal; pero en cambio, ninguno de esos dos aspectos, en su significado garantista para el ciudadano, se opone a que se utilice judicialmente la analogía *in bonam partem* o favorable al reo; es decir, para atenuar o excluir la responsabilidad penal.⁶² A través de la analogía *in bonam parte* se busca eximir de responsabilidad criminal o rebajar la pena de un comportamiento para el que la ley no otorga ese trato favorable, amparándose para ello en una norma que prevé conductas o situaciones parecidas o semejantes (análogas).⁶³

En pocas palabras, en derecho penal, sí es admisible la analogía favorable al reo, es decir, la que conduzca, por similitud morfológica o de significado material, a una atenuación o incluso exención de la responsabilidad.⁶⁴ Esto es, es lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio.⁶⁵

Una vez comprendido lo anterior, si se observa el artículo 248 del CPDF, no existe razón alguna de por qué no se aplica la excusa absolutoria, para los supuestos de robo equiparado, abuso de confianza y fraude específico; esto es, en ninguno de los precedentes legislativos, ni en la exposición de motivos, se explica por qué no se aplicará ésta a esos delitos. Esto es extraño, ya que el *robo equiparado* contempla la misma pena que el robo simple; el *abuso de confianza*, contempla las mismas penas que los dos supuestos de abuso de confianza equiparado y; los diversos supuestos de *fraude específico*, contemplan las mismas penas que para el caso del fraude genérico. Como se puede ver, en ninguno de estos supuestos existe un

⁶¹ Landrove Díaz, Gerardo, *Derecho penal*, p. 102.

⁶² Luzón Peña, Diego-Manuel, *Parte general*, p. 137; Roxin, Claus, *Parte general*, p. 158.

⁶³ Morillas Cueva, Lorenzo, Ruiz Antón, Luis Felipe, *Parte general*, p. 69.

⁶⁴ Luzón Peña, Diego-Manuel, *Parte general*, p. 170.

⁶⁵ Mir Puig, Santiago, *Parte general*, p. 87.

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA Y ROBERTO A. OCHOA ROMERO

plus de gravedad en la conducta, por el que no se pueda aplicar la excusa absoluta.

De lo anterior se concluye que, toda vez que no existe una razón, ni jurídica ni de política criminal, para que no se pueda aplicar la excusa absoluta para el caso de robo equiparado, abuso de confianza y fraude específico, considero que con base en el principio de analogía *in bonam partem* lo correcto será que si alguna persona se sitúa en estos supuestos, siempre y cuando no se den las prohibiciones de las que habla el artículo 248 del CPDF, lo correcto será aplicar analógicamente la excusa absoluta para estos supuestos.

VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Primera. No es comprensible que la remisión total de la pena únicamente sea operable para los delitos que se comentan en el artículo 246, último párrafo, del CPDF, y no comprenda el robo, los equiparados al abuso de confianza, los fraudes específicos, el daño en propiedad ajena y el despojo; mismos que sí se contemplan para efectos de la excusa absoluta. Esto es, por qué el privilegio de la excusa absoluta se establece para un mayor número de delitos y la remisión total de la pena para otros muy distintos y en menor número; incongruente sobre todo si la finalidad de ambos privilegios es permitir la solución pronta e imparcial de conflictos penales.

Segunda. La forma en que se encuentra redactado el artículo 248, último párrafo, del CPDF, invita a pensar en que lo más adecuado y útil para el sujeto activo, sería esperar a que la sentencia correspondiente cause ejecutoria; esto es, no interponer el recurso de apelación en contra de tal sentencia de primera instancia, particularmente para buscar la operatividad de la remisión total de la pena, y no la disminución de ésta como se establece en el artículo 248, último párrafo, del CPDF.

Tercera. Lo ideal sería que la excusa absoluta establecida en el artículo 248 del CPDF, también encontrase vigencia durante el proceso penal. En definitiva, no es más peligroso ni menos delincuente quien negocia

LA INEQUIDAD DE LA REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

el beneficio excluyente de responsabilidad durante el proceso penal, que quien lo hace durante el procedimiento de averiguación previa.

Recibido: 03-08-2009

Aprobado: 13-10-2009