

**Tribunal Superior de Justicia del Estado de
Coahuila de Zaragoza**

VOTO DISIDENTE¹ que formula de manera particular el magistrado LUIS EFRÉN RÍOS VEGA dentro del Toca Penal número 09/2020-O

Individualización judicial de la pena | Principio non bis in ídem

Con base en el artículo 9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza², razono mi «posición disidente» en contra de la mayoría de esta Sala Penal, a partir del siguiente:

CONTENIDO

Tabla del caso.....		2
Tabla de abreviaturas.....		3
	Párrafo	Página
I.CUESTION DE DISIDENCIA.....	1	4
II.INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....		4
1.Cuestiones a resolver.....	2	4
III.MOMENTOS EN QUE EL PODER PENAL SE MANIFIESTA ANTE LAS PERSONAS.....	3	5
IV.PRINCIPIOS Y GARANTÍAS QUE RIGEN LA INDIVIDUALIZACIÓN E IMPOSICIÓN DE SANCIONES.....	4-8	5
V.LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS MOMENTOS DE INTERVENCIÓN DEL PODER PENAL.....	9-13	7
VI.DIFERENCIA ENTRE EL JUICIO DE CONDENA POR EL DELITO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE SU PENA.....	14-17	8
VII. LOS JUICIOS DE ADECUACIÓN Y DE PONDERACIÓN DE GRAVEDAD VERSAN SOBRE TODO EL DELITO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE SU PENA.	18-20	10

¹ Con apoyo de Delia Rosa Alonzo Martínez Secretaria de Estudio y Cuenta de la Sala Colegiada Penal.

² En adelante Ley OPJECZ

VERSIÓN PÚBLICA VOTO PARTICULAR

VIII.RAZONES CONSTITUCIONALES.....	21-31	10
IX.NATURALEZA DE LAS MODALIDADES ATENUANTES Y AGRAVANTES...	33-37	13
X.MODALIDADES ATENUANTES Y AGRAVANTES Y NON BIS IN ÍDEM AL INDIVIDUALIZAR LA PENA.....	38-51	15
CONCLUSIONES.....	51-63	18

TABLA DEL VOTO PARTICULAR

<p style="text-align: center;">RECURSO DE APELACIÓN 09/2020-O</p>
<p style="text-align: center;">SENTENCIADO *****</p>
<p style="text-align: center;">APELANTES: Ministerio Público y Defensor</p>
<p style="text-align: center;">ACTO IMPUGNADO Sentencia de fecha 10 de mayo de 2019 pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral del Juzgado de Primera Instancia en Materia Penal del Sistema Acusatorio y Oral del Distrito Judicial de Saltillo.</p>
<p style="text-align: center;">DATOS DEL CASO Proceso Penal: 1359/2017-JO Delito: Fraude de cuantía mayor Víctima Directa: *****</p>
<p style="text-align: center;">CUESTION PRINCIPAL Individualización judicial de la pena</p>
<p style="text-align: center;">RESUMEN La sentenciada fue condenada por su intervención en la comisión del delito de Fraude de cuantía mayor. Al individualizar la pena de prisión no se analizaron diversos indicadores legales bajo el argumento de que implicaría una recalificación prohibida conforme al principio <i>non bis in ídem</i>, que deriva del artículo 23 Constitucional; sin embargo, no existirá lesión a ese principio, cuando se examinan las circunstancias concretas que concurren en la realización del hecho para normar el arbitrio judicial, pero sin que sean consideradas en abstracto o de manera general.</p>

VERSIÓN PÚBLICA VOTO PARTICULAR

TEMAS CLAVES

Individualización judicial de la pena | Conceptos generales de tipo y de tipicidad | Conceptos legales de las modalidades atenuantes y agravantes | Concepto legal de delito | Dignidad humana | Principio de igualdad | Pena exactamente aplicable al delito de que se trate / Principio de proporcionalidad –en su vertiente de pena proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado- | Principio non bis in ídem, o de doble agravación.

Tabla de abreviaturas

Autoridades

Sala Colegiada Penal del Tribunal Superior de Justicia de Coahuila de Zaragoza

Sala Penal

Tribunal de Juicio Oral del Juzgado de Primera Instancia en Materia Penal del Sistema Acusatorio y Oral del Distrito Judicial de Saltillo

Tribunal de Juicio Oral

Suprema Corte de Justicia de la Nación

SCJN

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución

Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza

Código Penal

I. CUESTIÓN DE DISIDENCIA

1. Con absoluto respeto no comparto el criterio de la mayoría de esta Sala Penal relativo a que no se analizan indicadores legales en la individualización judicial de la pena, bajo el argumento de que implicaría una recalificación prohibida conforme al principio *non bis in ídem*, que deriva del artículo 23 Constitucional; porque a mi juicio, no existirá lesión a ese principio, cuando el juzgador examina las circunstancias concretas que concurrieron en la realización del hecho para determinar la gravedad concreta del injusto y el grado de culpabilidad específica del sentenciado respecto al delito realizado por él, pero sin que sean consideradas en abstracto o de manera general.

II. INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

1. CUESTIONES POR RESOLVER

2. Las interrogantes en cuestión son:

1ª. ¿Es elemento del delito, la actualización de su tipo penal?

2ª. ¿Son las modalidades atenuantes y agravantes, elementos de los tipos penales a los que legalmente se vinculan?

3ª. ¿Debe el juez o el tribunal al individualizar la pena, tomar en cuenta las circunstancias particulares que concurrieron en la realización de una modalidad atenuante o agravante de un tipo penal, para ponderar la mayor o menor gravedad concreta del injusto y, en su caso, valorar el grado de culpabilidad específica del sentenciado, respecto al delito por el que lo condenó?

4ª. En su caso, ¿de qué manera el juez o el tribunal respetarán el principio de *non bis in ídem* (doble agravación), cuando individualicen la pena, por tomar en consideración circunstancias concretas que concurrieron en alguna modalidad atenuante o agravante legalmente prevista?

5ª. ¿En qué supuestos el juez o el tribunal violarán el principio de *no bis in ídem* (doble agravación), por tomar en consideración alguna modalidad atenuante o agravante prevista en la ley, para agravar la pena al individualizarla?

III. MOMENTOS EN QUE EL PODER PENAL SE MANIFIESTA ANTE LAS PERSONAS.

3. La individualización judicial de la pena pertenece al cuarto momento (de cinco mínimos básicos), en el que se manifiesta el poder penal ante las personas. Esos cinco momentos (mínimos básicos) en los que se manifiesta el poder penal ante las personas son:

- 1) Cuando el legislador conmina con penas –creando los tipos penales– en la ley.
- 2) Cuando concibe legalmente lo que es delito respecto de una conducta.
- 3) Cuando el juzgador reseña el hecho delictuoso (probado) sometido a su jurisdicción, y emite un juicio de adecuación exacta de ese hecho al delito de que se trata.
- 4) Cuando el juzgador determina, cuantifica e impone penas en relación con el delito cometido o en el que se participó.
- 5) Cuando la administración penitenciaria ejecuta la pena de prisión bajo supervisión y control judicial.

IV. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS QUE RIGEN LA INDIVIDUALIZACIÓN E IMPOSICIÓN DE PENAS.

4. Como sucede con los demás momentos en que el poder penal se manifiesta ante las personas, la determinación de las penas, su individualización e imposición, y su eventual modificación (que son propias y exclusivas de la autoridad judicial, garantizadas en el artículo 21 constitucional), también han de ajustarse a ciertos principios y derechos fundamentales que limitan y encauzan la potestad punitiva.

5. En efecto, respecto al sistema de individualización judicial de las penas en México (de acuerdo con los artículos 1o, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución, y conforme ha sostenido la Suprema Corte de Justicia³, el legislador y el juzgador deben guiar su labor de manera acorde con ciertos principios, garantías e imperativos constitucionales, entre ellos los de legalidad, de culpabilidad de acto, de motivación, de proporcionalidad, de non bis in ídem, de reparación del daño y de reinserción social, para que las penas no sean excesivas, y en su imposición y ejecución se respete la dignidad del ser humano.

6. De ahí que en acato al principio (y mandato) de proporcionalidad penal del artículo 22, párrafo primero, constitucional, en un primer momento el legislador ha de cuidar que el tipo y su marco punible que fije a un delito sea el idóneo, necesario y estrictamente proporcional para disuadir que se afecte al bien jurídico protegido, según la gravedad abstracta del delito y de la afectación al bien tutelado, frente a las posiciones de derechos humanos restringidas por la norma prohibitiva del tipo y por las normas de las sanciones a imponer respecto de ese tipo.

³ Véase LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA, Tesis de jurisprudencia P./J.102/2008. Pleno SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 599, y CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO. Tesis de jurisprudencia 1ª./J.110/2011 Primera Sala SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro V, febrero de 2012, p. 643.

7. Y también, en un cuarto momento, los jueces y tribunales, en acato a la garantía de “aplicar exactamente la pena al delito de que se trata”, establecida en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución, deben individualizar la pena motivadamente (artículo 16, párrafo primero, constitucional) dentro del marco punible previsto en la ley para el delito de que se trata, con respeto a la dignidad del sentenciado (artículo 1º. Constitucional), y de manera proporcional a la gravedad concreta del injusto y al grado de culpabilidad específica del sentenciado en su realización, a efecto de que, de ese modo, la pena sea proporcional al delito concreto y a la afectación específica al bien jurídico ocasionada por ese delito, según se deriva del artículo 22, párrafo primero, de la Constitución.

8. En otras palabras, los jueces y tribunales tienen el deber de imponer la pena exactamente al delito de que se trata (artículo 14, párrafo tercero, constitucional), dentro del marco punible señalado en la ley para ese delito, de manera proporcional con la gravedad concreta del delito realizado y de la afectación al bien jurídico, conforme dispone el artículo 22, párrafo primero, de la Constitución, en cuanto manda: “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”, sin recalificar en abstracto sus elementos legislativamente considerados al individualizar la pena, en respeto al principio non bis in ídem que se deriva del artículo 23 de la Constitución.

V. LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS MOMENTOS DE INTERVENCIÓN DEL PODER PENAL.

9. Como podrá advertirse, aunque hay una correlación estrecha entre los diversos momentos en que el poder penal se manifiesta ante las personas, también existen diferencias sustanciales en la manera en que el poder penal se ejerce en esos momentos, y aun cuando éstas parezcan obvias, importa señalarlas para dar respuesta a las preguntas planteadas.

10. Cuando el legislador crea los tipos penales y concibe lo que es delito, lo hace a través de fórmulas generales y abstractas.

11. Y cuando en la sentencia el juzgador declara que un hecho es típico y constituye delito, es porque, conforme a los hechos probados, aquél realiza un proceso mental de subsunción entre el hecho y el tipo penal del delito de que se trata, examinando que el hecho se adecue exactamente a todos los elementos del tipo penal delictivo de que se trata. A ese proceso mental se le llama juicio de “tipicidad”.

12. De igual modo, el juzgador realiza ese proceso de adecuación exacta respecto de los demás presupuestos y elementos que la ley señala o implica necesariamente para que el hecho típico pueda considerarlo delito, esto es, como una conducta típica antijurídica y culpable.

13. Ello queda claro en los artículos 1, 10 y 28, párrafo primero, del Código Penal, en tanto establecen:

“Artículo 1 (Principio de legalidad)

“A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por una acción u omisión previstas como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando se actualicen los presupuestos y elementos que para el mismo señale la ley, y sus penas o medidas de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ella, las que junto con aquéllos han de ser exactamente aplicables al hecho delictuoso de que se trata.”

“Artículo 10 (Principio de jurisdiccionalidad)

“Sólo podrá imponerse pena y en su caso, medida de seguridad, por resolución de autoridad judicial, luego del debido proceso seguido ante los tribunales competentes previamente establecidos, en el que se pruebe la culpabilidad de la persona imputada al concretar injustamente el tipo penal de que se trate.”

“Artículo 28 (Concepto de delito y causas que lo excluyen)

“Delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen legalmente una o varias penas...”

VI. DIFERENCIA ENTRE EL JUICIO DE CONDENA POR EL DELITO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE SU PENA.

14. Ahora bien, cuando el juez o el tribunal, conforme a los hechos probados, al pronunciar sentencia realizan aquella función de subsunción de la concreción de la acción u omisión prevista como delito en una ley, y examinan la actualización de los presupuestos y demás elementos que para el mismo delito señala la ley, y con base en ello emiten una condena, expresan un juicio global y ex-ante de adecuación, en la medida que no realizan ninguna ponderación sobre la mayor o menor gravedad de las circunstancias particulares probadas que concurrieron en el hecho, para determinar la gravedad concreta de la conducta típica, antijurídica y culpable, e imponer proporcionalmente la pena que corresponda por el delito declarado, dentro del marco legal punible para ese delito.

15. En tanto esa última tarea el juez o tribunal la efectúan en un momento posterior: cuando individualizan judicialmente la pena. Es en este momento cuando el juez o el tribunal deben aplicar la pena de prisión **de manera proporcional a la gravedad específica del “injusto”** (es decir, de acuerdo con *la gravedad de la “concreta conducta típica y antijurídica”*), **así como conforme al grado de culpabilidad concreta** de la persona sentenciada que lo realizó, de acuerdo con las circunstancias concurrentes que conforme a la ley sean relevantes para esos efectos.

16. En otras palabras, para individualizar la pena: el juez o tribunal ya no emiten ningún juicio de adecuación de la conducta imputada como típica, antijurídica y culpable por la que condenaron, sino que ponderan las circunstancias relevantes que concurrieron en la realización de esa conducta para evaluar racionalmente su mayor o menor gravedad, a través de dos categorías: la gravedad específica del injusto y el grado de culpabilidad concreta del sentenciado (al realizar el injusto).

17. Esto también queda claro en los artículos 12 y 93, párrafo primero, del Código Penal, en cuanto establecen:

[...] Artículo 12 (Principio de proporcionalidad en la individualización de la pena)

Dentro del marco punible señalado por la ley para el delito de que se trata, el juez o tribunal **aplicará la pena de prisión de manera proporcional a la gravedad específica del injusto** realizado por la persona sentenciada y **al grado de su culpabilidad concreta** en el mismo.”

“Artículo 93 (Individualización de la pena respecto a un delito doloso)

Por injusto se entenderá a *la concreta conducta típica y antijurídica realizada por la persona sentenciada* en un delito doloso o culposo.

Para individualizar la pena a la persona sentenciada, **conforme a la gravedad del injusto** doloso que realizó y **al grado de su culpabilidad en el mismo**, el juez o tribunal atenderá a los factores siguientes, que según el caso sean relevantes: [...]

VII. LOS JUICIOS DE ADECUACIÓN Y DE PONDERACIÓN DE GRAVEDAD VERSAN SOBRE TODO EL DELITO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE SU PENA.

18. En la fase de individualización judicial de la pena, sólo es posible cuantificar valorativamente los elementos que se prevén en abstracto normativamente para el delito por el cual se realizó su subsunción en la sentencia de condena, en la medida que en su concreción hayan concurrido circunstancias relevantes para determinar la gravedad concreta del injusto y del grado de culpabilidad específica del sentenciado en su realización.

19. De esa forma, se entiende que el acto judicial de decisión cuantitativa de la pena tiene el sentido de transformar en un desvalor concreto y específico el delito cometido, respecto de la sentencia de condena expresada como desvalor global del injusto y de su atribución al autor, con inclusión de las modalidades agravantes y atenuantes (genéricas y específicas) de las que el tribunal haya declarado su existencia en la sentencia de condena.

20. No podría ser de otro modo, porque la sentencia de condena se refiere al delito como un todo y, por lo tanto, incluye en él a la subsunción exacta de las modalidades atenuantes o agravantes que se hayan demostrado. Al valorar

esas modalidades atenuantes y agravantes en la individualización judicial de la pena, lo que el juez o el tribunal efectúa, es aterrizarlas al caso concreto según las circunstancias relevantes que concurrieron en su realización.

VIII. RAZONES CONSTITUCIONALES

21. Todo lo expuesto se debe, entre otras, a tres razones constitucionales.

22. Primera. El principio de proporcionalidad penal.

23. Todas las modalidades agravantes o atenuantes sean genéricas o específicas y sus marcos punibles, se crean en sede legislativa en función de un delito o de su tipo penal, y es en función de ese tipo penal y de ese delito que el juzgador declara su existencia en la sentencia de condena cuando dichas modalidades están probadas.

24. Por tanto, así como el juzgador no puede sustraer las referidas modalidades atenuantes o agravantes para determinar el marco punible que le corresponda exactamente al delito cometido con esas modalidades, tampoco el juzgador puede abstenerse de ponderar la mayor o menor gravedad de las concretas circunstancias relevantes que concurrieron en la realización de aquellas modalidades, sin violar el principio de proporcionalidad, en su vertiente de “pena proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”, que estipula el artículo 22 constitucional.

25. Lo anterior es como se indica, porque el juzgador violará el principio de proporcionalidad penal establecido en el artículo 22 de la Constitución, cuando se abstenga de ponderar la mayor o menor gravedad de las concretas circunstancias relevantes que concurrieron en la realización de las modalidades atenuantes o agravantes que antes declaró probadas al condenar, en la medida que la pena judicial ya no será proporcionada al delito por el que condenó según la ponderación de todas las circunstancias relevantes que concurrieron a su realización, sino solo respecto de las que ocurrieron en una parte de ese delito, y a pesar de que la pena debe imponerse proporcionalmente por todo el delito

que sancione y al bien jurídico afectado (artículo 22 de la Constitución), dentro del marco punible exactamente previsto para ese delito (artículo 14 constitucional), y no solo en relación con una parte de este.

26. Segunda. El principio de igualdad

27. El principio constitucional de igualdad ante la ley ha sido derivado por la Suprema Corte de Justicia, del párrafo último del artículo 1º. de la Constitución⁴ Tal principio también se relaciona con el de proporcionalidad de las penas, en cuanto este exige no dar respuestas punitivas desiguales a situaciones iguales, como también demanda no dar respuestas punitivas iguales a situaciones desiguales.

28. En tal sentido, los artículos 1o, párrafo último, y 22, párrafo primero, de la Constitución, reclaman, como observan Lopera Mesa,⁵ Ferrajoli ⁶ y Carbonell,⁷ “...una igualdad «proporcionada» entre las puniciones”. Y justamente, la igualdad proporcionada entre las puniciones se opone a que las penas que se impongan solo respecto de una parte de las circunstancias concretas que concurrieron a la realización del delito, al segmentarse de él las modalidades atenuantes o agravantes con las que se cometió o se participó en su comisión, en la medida que con ese proceder se estarán dando respuestas punitivas desiguales a situaciones iguales, o imponiendo penas iguales a situaciones desiguales.

⁴ Véase IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO”, Tesis constitucional 1a. CXXXVIII/2005, Primera Sala SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, noviembre de 2005, pág. 40, e IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO, tesis constitucional 1a. XCIX/2013 (10a.), Primera Sala SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XIX, abril de 2013, Tomo 1, pág. 961.

⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de Proporcionalidad y ley penal, Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 332.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 4ª Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2000, nota 17, pág. 467.

⁷ Carbonell, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 211.

29. Tercera. Dignidad humana y prohibición de penas excesivas.

30. El artículo 1º. de la carta fundamental protege la dignidad humana, y el numeral 22, párrafo primero, de la Constitución, prohíbe las penas excesivas y manda que toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. De la correlación entre esos preceptos constitucionales se deriva el principio de humanidad de las penas, en cuanto debe respetarse la dignidad de la persona a la que se le impongan conforme a todas las circunstancias relevantes que concurrieron en el delito, y en virtud de las cuales aquella se autodeterminó en la realización de este.

31. Ese principio se viola, cuando el juzgador solo impone pena respecto de una parte de las circunstancias concretas que concurrieron a la realización del delito, al segmentar de él las modalidades atenuantes o agravantes con las que la persona sentenciada lo cometió o participó en su comisión, si es que de las circunstancias concretas que concurrieron en la realización de aquellas modalidades, algunas o todas resultaban relevantes para atenuar la gravedad concreta del injusto o el grado de culpabilidad específico del sentenciado en el delito que efectuó.

32. Y es que toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones más aflictivas para el sentenciado puede considerarse lesiva para la dignidad de la persona, porque ya no se le trata de acuerdo con todas las circunstancias en las que realizó el delito, y de las que ellas o algunas de ellas reducían la gravedad concreta del injusto o el grado de su culpabilidad específica, que son los *límites máximos* no superables de la pena, sin que el reo sea reducido a la condición de cosa.

IX. NATURALEZA DE LAS MODALIDADES ATENUANTES Y AGRAVANTES.

33. El Código Penal prevé modalidades “genéricas” y “específicas” de atenuación o agravación de los marcos punibles asignados a los delitos y a sus tipos penales.

34. Las modalidades “genéricas” (atenuantes o agravantes) son aplicables a cualquier delito en el cual concurren y pueden incidir en el tipo, en la antijuridicidad (material) o en la culpabilidad. Por ejemplo, el marco punible del cómplice respecto del autor y del determinador (artículo 37-IV, del Código Penal); el marco punible para el error vencible de tipo (artículo 53-IX-4-b del Código Penal); el marco punible para el exceso en las causas de justificación (artículo 58 del Código Penal); el marco punible para la imputabilidad disminuida (artículo 59 del Código Penal); y, el marco punible para los errores vencibles de prohibición y de exigibilidad (artículo 63 del Código Penal).

35. Las modalidades “específicas” (atenuantes o agravantes) son las que la ley penal prevé para ciertos tipos penales, de los que aquellas son elementos esenciales para su punibilidad en caso de que concurren. Así, los artículos 30, 31, 32 y 33 del Código Penal, establecen (en lo conducente):

[...] Artículo 30 (Tipo penal)

Tipo penal es el supuesto legal de un hecho punible, que la ley prevé como delito. [...]

[...] Artículo 31 (Elementos del tipo penal)

El tipo penal de un delito en particular se actualizará cuando se concreten los elementos siguientes:

B. Elementos contingentes

III. (Modalidades vinculadas a la figura típica)

En su caso, las modalidades que la ley vincule a la figura típica de que se trata, ya sea que agraven o atenúen su punibilidad. Las circunstancias calificativas que la ley vincule a una figura típica, también se considerarán como modalidades agravantes del tipo penal de que se trata. [...]

[...] Artículo 32 (Elementos esenciales para la punibilidad del hecho)

Para la punibilidad de una conducta prevista en un tipo, o en su caso, para agravarla o atenuarla según las modalidades que la ley vincule a la figura típica del mismo, será esencial que se concreten los elementos permanentes del tipo penal de que se trata.

La concreción de los elementos contingentes de un tipo será esencial para la punibilidad de la conducta, en la medida que se describan o impliquen de manera necesaria en una figura típica penal en particular y, en su caso, para la punibilidad asignada legalmente a las modalidades agravantes o atenuantes vinculadas a dicha figura típica, que se lleguen a concretar.
[...]

[...] Artículo 33 (Figura típica y tipo penal)

Se denomina figura típica, al supuesto legal en el que se describa la conducta punible de la o las personas autoras materiales de un delito doloso en particular, sea consumado o como tentativa punible o equiparada a ésta; o bien, a los supuestos legales en los que se describa una conducta culposa punible, respecto a los delitos que la ley admita expresamente la culpa.

La figura típica de que se trata, se considerará como el tipo penal básico del delito doloso o culposo al que la misma se refiera, el que podrá ampliarse por las modalidades agravantes o atenuantes que la ley vincule a esa figura típica, así como modificarse o ampliarse por conductas de autoría distintas a las de la o las personas autoras materiales, y accesoriamente por otras formas de intervención típica dolosa previstas en este código, si se trata de un delito doloso, o bien por conductas de personas terceras responsables si se trata de un delito culposo, según se prevé en este código. [...]

36. La idea central es entender que las modalidades “genéricas” atenuantes o agravantes aplicables a cualquier delito en el que concurran, así como las “específicas” previstas respecto a ciertos tipos penales básicos, al ser elementos del delito (conforme a los artículos 28, 31 y 32 del Código Penal), al concretarse forman parte del injusto y de la culpabilidad, razón por la cual deben considerarse también en la ponderación de los factores legales y reales relevantes para ponderar la gravedad concreta del injusto y el grado de culpabilidad específica del sentenciado al individualizar judicialmente la pena, esto es, según el modo, grado o intensidad concretas en que se hayan llevado a cabo al concretar el delito, respecto del cual “debe” imponerse la pena de manera exacta y proporcional a su gravedad y afectación al bien jurídico, conforme se deduce de los artículos 14, párrafo tercero, y 22, párrafo primero, de la Constitución.

37. Esta, a mi juicio, es la posición correcta.

X. MODALIDADES ATENUANTES Y AGRAVANTES Y NON BIS IN ÍDEM AL INDIVIDUALIZAR LA PENA

38. ¿En qué medida, entonces, el juez o el tribunal respetarán el principio de no bis in ídem (prohibición de doble agravación), cuando individualicen la pena y tomen en consideración circunstancias que concurrieron en alguna modalidad atenuante o agravante legalmente prevista, para ponderar la mayor o

menor gravedad concreta del injusto y el grado de culpabilidad específica del sentenciado en su realización?

39. Cabe adelantar la respuesta: El juzgador respetará la prohibición de recalificar el delito al individualizar la pena, en la medida en que se abstenga de emitir un juicio de evaluación respecto de la modalidad atenuante o agravante, o de sus elementos, tal y como estén abstractamente previstos en la ley, y solo atienda a las circunstancias concretas (como pueden ser los medios y el modo) en que el sentenciado aterrizó aquellas modalidades, y siempre y cuando dichos elementos expresados en circunstancias concretas admitan graduación.

40. En efecto, para individualizar la pena, el artículo 92 del Código Penal prohíbe al juez o tribunal “*recalificar en abstracto*” cualquier supuesto o elemento del tipo penal, y a la vez permite graduar la imputabilidad disminuida y la ignorancia o el error vencibles de prohibición como formas atenuadas de culpabilidad, según la mayor o menor disminución de la imputabilidad, o de la vencibilidad de la ignorancia o del error, que en el caso concreto sean relevantes.

41. En congruencia con aquella *prohibición de recalificar “en abstracto” cualquier supuesto o elemento del tipo penal* cuando el juzgador individualice la pena de prisión, el artículo 93 del Código Penal establece que el juzgador la cuantifique conforme a la gravedad del injusto doloso que realizó el sentenciado y al grado de su culpabilidad en el mismo.

42. Respecto a la gravedad del injusto doloso, el citado numeral en su apartado A, fracción I, prevé que el juzgador *evalúe los medios y el modo en la concreción de los elementos del tipo “que sean graduables”*.

43. En tal sentido, el artículo 93-A-I del Código Penal especifica que, para individualizar la pena, el juzgador ponderará, según sea relevante: “...la manera más o menos grave en que la persona sentenciada utilizó los medios y/o el modo en que realizó su conducta o concretó los demás elementos del tipo penal de que se trata, *con inclusión de sus modalidades agravantes o atenuantes, en la medida que dichos elementos admitan graduación, y siempre y cuando la valoración no se reduzca a una recalificación abstracta de los mismos*”.

44. En la misma lógica, el citado artículo 93 del Código Penal, en su apartado A-V, dispone que al individualizar la pena el juzgador atienda, en su caso: “..a la mayor o menor aproximación del peligro a la lesión del bien jurídico de que se trate; o

bien, *cuando sea graduable la lesión al bien protegido*, la magnitud concreta de la lesión o daño ocasionado y su trascendencia para la víctima, según su situación personal, familiar, laboral y/o económica”.

45. También el mismo artículo 93-A-VI, dispone que al individualizar la pena el juzgador atienda, en su caso, “a la mayor o menor afectación *concreta* ocasionada, *a partir de las diversas entidades de daño que la ley tome como referencia abstracta para fijar distintos marcos de punibilidad al delito de que se trata*”. Y “*para evitar una recalificación, la ponderación de la afectación o daño no podrá apoyarse en la naturaleza abstracta de la afectación al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate, ni en el valor abstracto de ese bien jurídico, como tampoco en las distintas entidades abstractas de afectación que la ley tome como parámetros para fijar diferentes marcos de punibilidad al delito de que se trate*”.

46. Luego, el que el juzgador valore para individualizar la pena, la mayor o menor gravedad de las circunstancias que concurrieron cuando el sentenciado concretó los elementos de las modalidades atenuantes o agravantes por las que lo condenó, no importa una lesión del non bis in ídem, pues no se trata de una doble valoración en la medida que en relación con aquellas modalidades previamente configuradas en abstracto normativamente, el juzgador solo ejerció un juicio de subsunción respecto de los hechos probados cuando condenó al sentenciado por aquellas modalidades, pero no ponderó las concretas circunstancias que concurrieron en ellas para determinar la gravedad del injusto culpable.

47. Ello, por supuesto, supone necesariamente entender que el desvalor legislativo que presuponen los elementos constitutivos de las modalidades agravantes y atenuantes (genéricas y específicas) puede ser esencialmente graduable, pero solo en términos de mayor o menor desvalor abstracto; a diferencia de la manera, el modo y demás circunstancias en que las aterrizó el sentenciado, respecto de las que el juez ponderará su desvalor concreto para determinar la mayor o menor gravedad del injusto culpable realizado por aquél.

48. En tal sentido, la duplicidad valorativa es solo aparente, pues la valoración legislativa de la modalidad agravante o atenuante se realizó de manera abstracta, sin que pudiera considerar todas aquellas circunstancias concretas que podrían concurrir en su realización (las cuales le sería materialmente imposible –al legislador– ponderarlas de antemano), por lo que la exigencia de su evaluación concreta por el juzgador obedece a la necesidad de transformar o aterrizar su desvalor específico según aquellas circunstancias

concurrentes en la concreción de la modalidad atenuante o agravante, que sean relevantes para la determinación cuantitativa de la pena.

49. Se trata, entonces, de la idea de que si la legislación penal considera de modo abstracto en su articulado ciertos elementos que modulan la mayor o menor gravedad de algunos delitos asignándoles mayor o menor punibilidad (modalidades genéricas y específicas), dicha valoración legal de carácter abstracto referida a todos o a algunos delitos, debe también plasmarse en la valoración judicial de la gravedad concreta del delito específico que se realizó, cuando se individualiza la pena.

50. En suma, se trata de que las modalidades atenuantes o agravantes, sean “genéricas” o “específicas”, si bien despliegan sus efectos agravatorios o atenuantes de manera general en el marco punible del delito de que se trata, esto es, por medio de una proyección legislativa abstracta de proporcionalidad con el mayor o menor desvalor (general) que dichas modalidades suponen, esa proporcionalidad abstracta requiere luego traducirse al caso concreto, es decir, proporcionarse al injusto culpable que se individualiza según las circunstancias concretas que concurrieron en su realización.

51. Por ello, no existirá una lesión al principio non bis in ídem si las circunstancias concretas que concurrieron en la realización de aquellas modalidades, pero sin que sean consideradas en abstracto o de manera general, son ponderadas para aterrizar el concreto desvalor del hecho específico (injusto culpable) en la individualización judicial de la pena.

XI. CONCLUSIONES

52. Las modalidades atenuantes o agravantes, sean “genéricas” por ser aplicables a todos los delitos en los cuales concurren (como son la complicidad respecto de la autoría –como elementos del tipo–, el exceso en las causas de justificación –que atañen a la antijuridicidad–, la imputabilidad disminuida y los errores vencibles de prohibición y de exigibilidad –que se corresponden con el presupuesto de la culpabilidad o con la culpabilidad misma–); así como las modalidades “específicas” por estar vinculadas solo a algunos tipos penales básicos que agravan o atenúan su marco punible (y, por tanto, que forman parte

del tipo penal al que están ceñidas), forman parte del delito y están previstas de manera abstracta en la ley penal.

53. El juez o tribunal en la sentencia de condena, con base en la prueba de la existencia de aquellas modalidades “genéricas”, tan solo formula un juicio de su adecuación exacta a las previstas en la ley, pero de ninguna manera pondera las circunstancias concretas que concurrieron en su realización para valorar su mayor o menor gravedad, ya que esta justipreciación la efectúa posteriormente en la individualización de la pena, para determinar la gravedad concreta del injusto y el grado de culpabilidad específica del sentenciado respecto al delito realizado por él.

54. Lo anterior implica asumir que los criterios legales de gravedad del injusto y grado de culpabilidad del autor o partícipe del delito constituyen factores reales de medición de la pena también en los casos en que se verifique la presencia de modalidades atenuantes o agravantes “específicas”.

55. En tal sentido, si se entiende que las modalidades agravantes y atenuantes “genéricas” normativamente configuradas, deben ser valoradas a efecto de la decisión cuantitativa de la pena, por medio de su inclusión en el criterio legal de la gravedad concreta del injusto culpable, no existe entonces ninguna razón para desvincular la operatividad de la gravedad de ese injusto culpable, como factor real de cuantificación de la pena, en aquellos casos en que existan modalidades agravantes o atenuantes “específicas” que por ley se integran al tipo penal del delito de que se trata, en la medida que ellas también forman parte del delito legalmente considerado, y solo judicialmente declarado por el juez cuando condena por ese delito, sin hacer aún ninguna ponderación de la mayor o menor gravedad de las circunstancias que lo actualizaron para cuantificar la pena, sino solo un juicio de su adecuación al tipo penal que la ley prevé como delito.

56. Lo expuesto también conlleva a que en la individualización de la pena, aquella ponderación de las circunstancias concurrentes en las modalidades

legales atenuantes o agravantes no se formule de manera abstracta (lo cual implicaría una recalificación prohibida conforme al principio non bis in ídem que se deriva del artículo 23 Constitucional), sino solo según cómo se hayan concretado las circunstancias concurrentes en aquellas modalidades, de tal manera que, probadas, sean relevantes para denotar una mayor o menor gravedad concreta de la conducta realizada, previamente atenuada o agravada de manera abstracta en la ley.

57. En todo caso, la prohibición de doble agravación solo puede transgredirse si para individualizar la pena, el juzgador:

1) sopesa en abstracto las modalidades agravantes o atenuantes, 2) o de igual manera pondera de manera abstracta algunos de sus elementos, 3) o toma en cuenta algunos elementos de esas modalidades previstas en la ley, que no admitan graduación, 5) y, por último, cuando el elemento típico de la modalidad esté particularizado de tal manera que tampoco permita graduación.

58. Así, el juzgador incurrirá en una doble agravación prohibida, si al individualizar la pena, la agrava porque el sentenciado empleó la “violencia física” al cometer un robo o un asalto, pero no quebrantará el principio non bis in ídem, cuando atienda a la mayor o menor gravedad específica de las lesiones que el sentenciado ocasionó a la víctima para robarla o asaltarla.

59. El juzgador incurrirá en una doble agravación prohibida si al individualizar la pena, la agrava porque el sentenciado robó en “una casa habitada o destinada para ese efecto”, pero no trasgredirá el principio non bis in ídem, cuando valore el modo y los medios que empleó el sentenciado cuando irrumpió en la vivienda, causándole daños de cierta gravedad y portando un arma de fuego.

60. El juzgador incurrirá en una doble agravación prohibida si al individualizar la pena, la agrava porque el sentenciado robó mercancía en una bodega, con “un valor que excedió de cincuenta días del importe del valor diario de la unidad de medida y actualización”, pero no violará el principio non bis in

VERSIÓN PÚBLICA VOTO PARTICULAR

ídem, cuando pondere que el valor de la mercancía robada ascendió a cinco millones de pesos.

61. El juzgador incurrirá en una doble agravación prohibida si al individualizar la pena, la agrava porque el sentenciado cometió el robo “con más de tres personas”, pero no infringirá el principio non bis in ídem, cuando pondere que eran diez personas las que juntamente con el sentenciado cometieron el robo.

62. El juzgador incurrirá en una doble agravación prohibida si al individualizar la pena, la agrava porque el sentenciado “mediante violencia introdujo un objeto distinto al pene”, en el ano de una persona “menor de quince años”, pero no vulnerará el principio non bis in ídem, cuando pondere que la violencia que ejerció el sentenciado consistió en ocasionarle a la víctima que tenía apenas cinco años de edad, diez heridas en el cuello y el tórax con un cuchillo, para introducirle en el ano una botella de un grosor mucho mayor a este.

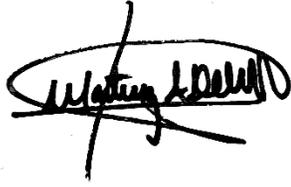
63. A virtud de las consideraciones que anteceden disiento de la mayoría de la Sala Penal.

Magistrado

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA

La Licenciada Delia Rosa Alonzo Martínez, hago constar y certifico que, en los términos de los artículos 3,27, fracción I. inciso 9, 60 y 69 de la Ley de Acceso a la Información Pública para el Estado de Coahuila de Zaragoza y 3, fracciones X y XI, 95 de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Coahuila de Zaragoza, la presente corresponde a la versión pública de la sentencia identificada y en la que se suprime la información considerada como reservada o confidencial.

Este documento fue cotejado previamente con su original por el servidor público que elabora la versión pública

A handwritten signature in black ink, appearing to be "Walter L. ...", enclosed within a large, loopy oval stroke. A vertical line crosses the signature from the top, and a horizontal line crosses it from the bottom.