



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho
Seminario de Derecho Penal

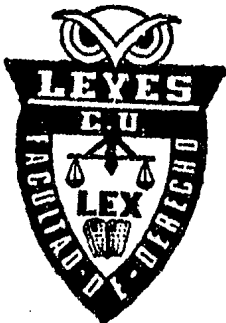
ANALISIS DEL CONCEPTO DE DELITO Y SU CLASIFICACION
LEGAL EN INSTANTANEO, PERMANENTE O CONTINUO Y
CONTINUADO

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

GUSTAVO AVILES JAIMES



México, D. F.

1985



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ANALISIS DEL CONCEPTO DE DELITO Y SU CLASIFICACION LEGAL EN INSTANTANEO, PERMANENTE O CONTINUO, Y CONTINUADO

I N T R O D U C C I O N

CAPITULO PRIMERO.- LA LEY PENAL

I. Concepto de ley penal

1. Noción de derecho
2. Derecho, ley, norma y precepto
3. La estructura de la norma jurídica
4. La antijuridicidad
5. Norma y tipo

II. La sanción penal

1. Sanción y punibilidad
2. Las penas y las medidas de seguridad: Naturaleza y fines.

III. Clasificación de la pena

CAPITULO SEGUNDO.- EL DELITO

I. Definiciones y elementos

1. Definición filosófica
2. El concepto de delito natural de los positivistas. La definición sociológica.
3. Definiciones jurídicas: formal y substancial o dogmática.
4. Definiciones de los Códigos mexicanos.

II. Clasificación de los delitos

CAPITULO TERCERO.- LOS DELITOS INSTANTANEO, CONTINUO O PERMANENTE, Y CONTINUADO

- I. Los delitos instantáneo y continuo o permanente
 1. Derecho positivo
 2. La distinción entre estos delitos
 3. Consumación
 4. Delitos necesariamente permanentes y eventualmente permanentes.- Diferencias con el delito instantáneo con efectos permanentes
- II. El delito continuado
 1. Regulación positiva y sus antecedentes
 2. Criterios doctrinales para la definición
 3. Análisis de los elementos del delito
 4. Naturaleza del delito continuado
 5. Otras cuestiones

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

I N T R O D U C C I O N

Este trabajo tiene como objeto hacer el análisis de - las reformas al artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia fedederal, que entraron en vigor en los inicios del año de 1984.

Tales reformas consistieron en incluir junto a la definición legal del delito, la clasificación de éste en instantáneo, permanente o continuo y continuado.

No es el solo hecho de estar contenida la definición formal del delito en el mismo artículo cuyas reformas constituyen el objeto principal de este trabajo, lo que nos hizo entrar al análisis previo del concepto de delito. La razón de fondo es que, sin duda alguna, el análisis de toda clasificación del delito requiere del estudio de la definición de éste como un marco de referencia imprescindible para obtener mejores resultados.

La definición legal del delito como "la acción u omisión que sancionan las leyes penales" nos induce a estudiar, en el primer capítulo, a la ley penal y a la sanción penal. En esta parte del trabajo pretendemos hacer precisiones en las definiciones de "derecho", "ley", "norma" y "precepto" y a continuación pasamos a la exposición de la estructura de la norma jurídica, de conformidad con la cual el delito resulta ser una conducta antijurídica. Que la conducta es antijurídica quiere decir - que además de típica es punible.

Que la conducta es punible significa, a su vez, que -

esa conducta está conminada por la ley penal con una sanción.

Con las bases obtenidas en el primer capítulo, auxiliándonos de la teoría general del derecho, en el capítulo segundo hacemos el análisis crítico de las diversas definiciones de delito que ha propuesto la doctrina penal y arribamos a la siguiente definición dogmática del mismo: conducta antijurídica y culpable.

Esta definición implica que los elementos del delito son los siguientes: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Respecto a los delitos instantáneo, continuo o permanente y continuado, estudiados en el tercer capítulo de la tesis, hacemos un estudio comparativo tanto en lo referente a las disposiciones normativas como en lo que concierne a las opiniones doctrinales y llegamos a la conclusión de que la adición se justifica plenamente y que fue realizada con buena técnica. Sin embargo, se advierten algunas deficiencias, a saber: no queda claro si el delito permanente admite o no la pluralidad de conductas y, en su caso, está ausente el criterio para distinguirlo del delito continuado. Respecto a este delito, consideramos que debieron contemplarse en la ley algunos de los elementos -- del mismo que la doctrina considera como "secundarios", con el fin de que los órganos jurisdiccionales cuenten con criterios objetivos que les ayuden a determinar la existencia o la inexistencia del elemento subjetivo de ese delito: la unidad de propósito. Sin tales elementos es muy posible que en la práctica se cometan excesos que desnaturalicen a la institución. Es nuestro

deseo que el tiempo no nos de la razón.

Hacemos notar aquí que toda referencia a la ley penal respecto de la cual no se señale ámbito espacial de validez, debe entenderse hecha al Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Agradezco al Lic. Marcos Castillejos Escobar la dirección y supervisión de este trabajo y a la Sra. Ma. de la Luz -- Jarquín de Cabriada su paciente colaboración en la mecanografía del mismo.

CAPITULO PRIMERO

LA LEY PENAL

I. Concepto de ley penal

1. Noción de derecho

En opinión del Dr. Eduardo García Maynez, las tres corrientes doctrinales representativas del pensamiento moderno sobre el concepto de derecho son el positivismo jurídico, el realismo sociológico y las posiciones iusnaturalistas. Estas corrientes reflejan tres actitudes típicas ante el problema de la noción universal de lo jurídico: la del jurista dogmático, la del sociólogo jurista y la del filósofo del derecho. A las mismas corresponden, respectivamente, los siguientes conceptos: derecho vigente, derecho eficaz y derecho intrínsecamente válido.

Derecho vigente, en sentido jurídico-positivo, es un conjunto de normas que en determinado momento y lugar la autoridad política considera jurídicamente obligatorias. Para los positivistas la norma jurídica es aquella regla de conducta que tiene validez extrínseca o formal, independientemente de su validez intrínseca, que deriva de la bondad o justicia de lo que ordenan. -- Una norma es formalmente válida cuando su fuerza obligatoria deriva de la norma básica (Constitución) de un orden jurídico. Para los iusnaturalistas, en cambio, para que un sistema de reglas de conducta puedan ser consideradas como derecho, deben valer intrínsecamente. "Caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrín-

sicas de su contenido." 1) Los juristas sociólogos, por su parte, sostienen que derecho eficaz o socialmente válido es el conjunto de normas que efectivamente rigen a una comunidad. Que una norma es eficaz significa que normalmente es obedecida y aplicada. Alf Ross, uno de los más destacados representantes del "realismo jurídico sociológico", sostiene que las normas jurídicas son directivas en cuanto que no describen hechos ni pretenden explicar cosa alguna, sino que su finalidad es provocar determinado proceder. Las normas funcionan como esquemas interpretativos de un conjunto de actos sociales y se dividen en dos grupos: normas de comportamiento y normas de competencia (o procesales). Las del primer grupo regulan la conducta de los particulares; las del segundo, crean una competencia (poder o autoridad); pero éstas en realidad son normas de conducta indirectamente formuladas. Tal es el caso de los preceptos constitucionales que prescriben un comportamiento.²⁾

El derecho, en opinión de Ross, da normas para el comportamiento de los jueces, no para el de los particulares. Las normas jurídicas no se dirigen a los particulares, sino a los órganos de la jurisdicción. Así, el Código Penal no dice que se prohíbe cometer homicidios; se limita a indicar al juez la sanción que corresponde al homicida. Los preceptos jurídicos son normas que determinan en que condiciones puede hacerse uso del poder coactivo estatal; son normas para la regulación del empleo de la fuerza. "De aquí se sigue que los fenómenos jurídicos, como 'equivalente' de las normas, no son otra cosa que las resoluciones de los tribunales. Un sistema jurídico nacional puede, de acuerdo --

con esto, ser definido como el conjunto de directivas que los -- jueces consideran socialmente vinculantes, razón por la cual las aplican." 3)

Consideramos que el derecho es el conjunto de normas que el poder público pone en vigencia en un lugar y espacio de-- terminados de conformidad con los procedimientos señalados en la norma fundamental del orden jurídico. Coincidimos con García Maýnez en que un derecho que, además de positivo o vigente, es in-- trínsecamente valioso y eficaz constituye el ideal del derecho.-- Sin embargo, si alguna norma jurídica carece de alguno de estos atributos, no puede negarse que tenga tal calidad jurídica y que sea formalmente válida. 4)

2. Derecho, ley, norma y precepto

La doctrina penal ha dado a estos conceptos distinto - significado, lo que en más de una ocasión ha sido causa de confu-- siones.

En toda regla penal -norma o ley- algunos autores en-- cuentran dos partes relacionadas entre sí: el precepto y la san-- ción. En la primera parte se describe la conducta considerada co-- mo delictuosa y en la segunda se contempla la pena o medida de - seguridad correspondiente a esa conducta. Carlos Binding descu-- brió que "ley" y "norma" no tienen un significado idéntico. 5) Pa-- ra dar una mejor idea de la anarquía terminológica, señalaremos que en México, el Profesor Abarca sostiene que los elementos de la ley son la norma y la sanción. 6)

Al mismo tiempo que se identifica a la ley con la nor-- ma y otros niegan tal identidad; el primero de esos términos sue

le ser considerado como sinónimo de derecho y así resulta que -- las expresiones "derecho penal" y "ley penal" podrían ser definidas como "conjunto de normas". Sin embargo, para un autor como - Porte Petit, que no es partidario de la teoría de las normas, el derecho penal es un "conjunto de normas jurídicas que prohíben - determinadas conductas o hechos y ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción." 7) Para Carrancá y Trujillo, seguidor de la teoría de Mayer, emparentada con la teoría de Binding, el derecho penal es un "conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación." 8)

En la teoría general del derecho suele darse al término "ley" el significado de norma y las expresiones "precepto" y "norma" son usadas con un significado idéntico, comprensivo tanto de la descripción de la conducta ordenada o prohibida, así como de la sanción correspondiente para el caso que se realice esa conducta. 9)

He aquí el sentido en el que usaremos estos términos:- Consideramos más apropiada la definición de derecho penal que -- propone el Dr. Porte Petit; con ciertas reservas "ley" y "norma" pueden ser usados como sinónimos, pero preferimos el significado de "conjunto de normas" para el primero de esos términos. La norma o precepto penal puede ser definida como la disposición jurídica que prohíbe u ordena determinadas conductas y señala la sanción correspondiente para el caso de que se realice la conducta contraria a la ordenada o prohibida. Esa norma o precepto puede

estar contenida en un solo artículo del código penal o en más de uno.

3. La estructura de la norma jurídica

El Dr. Celestino Porte Petit señala que la norma penal es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) y que sus elementos son el precepto y la sanción. El precepto contiene la figura delictiva y funciona mandando o prohibiendo conductas. La sanción por su parte, abarca la punibilidad. ¹⁰⁾

Podemos observar que, aparentemente, las normas penales positivas no ordenan ni prohíben conductas. Lo que hacen es señalar la sanción aplicable a quienes efectúen determinadas acciones u omisiones. Si entendemos que antijurídico es lo contrario al derecho; que la antijuridicidad existe cuando una conducta o hecho violan una norma penal, podríamos concluir que en materia penal no existe la antijuridicidad. El que comete un homicidio no viola el precepto legal relativo, lo que hace es actualizar el supuesto previsto en la norma (privar de la vida a alguien) para que se aplique una sanción. En la exposición de motivos del Proyecto de reformas al Código Penal de 1871 se decía: "I. El delito no es la infracción de la ley penal, sino de los principios que informan esa ley, pues ley penal es la que define y castiga los actos y omisiones punibles, y no es esa ley la que el delincuente viola, sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella. En rigor, la ley penal solo puede ser violada por los tribunales encargados de aplicarla; violación que está destinada a reparar los recursos legales y especialmente el de casa--"

ción." 11)

Estas ideas se inspiran en el pensamiento de Binding y de Mayer. Para el primero la antijuridicidad consiste en la violación de normas jurídicas distintas de las penales; Mayer habla de la violación de lo que él llama las "normas de cultura", en tanto que otros doctrinarios quieren encontrar la antijuridicidad en el derecho natural. 12) De acuerdo con las ideas de estos doctrinarios, el derecho penal tiene el carácter de sancionador de la transgresión de preceptos distintos de los penales. Quienes le atribuyen, con toda razón, un carácter constitutivo y autónomo al derecho penal sostienen que la antijuridicidad consiste en la violación del deber contenido en las mismas normas penales.

Somos de la opinión de que lo antijurídico penal consiste en la violación de la norma o precepto penal y que tal violación existe cuando se realiza la conducta contraria a la ordenada o prohibida por el precepto. Ahora bien, ¿Cómo puede ser esto posible, si, según hemos visto, aparentemente la norma penal no ordena ni prohíbe conductas?

Auxiliándonos de las ideas del Doctor Hans Kelsen, trataremos de exponer la estructura lógica de la norma en general, para llegar a concluir que toda norma jurídica ordena o prohíbe conductas, si bien algunas lo hacen expresamente, mientras que otras lo hacen implícitamente, como es el caso de la generalidad de las normas penales. (En el Código Penal encontramos únicamente un precepto que establece expresamente una prohibición: el artículo 202).

El derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta del hombre, impuestas por la autoridad o poder público. En los regímenes constitucionales, tanto el procedimiento de creación del derecho así como los órganos encargados de esa producción y de su aplicación están regulados por un conjunto de normas que integran lo que se llama carta fundamental o Constitución. Al lado de las constitucionales, tenemos las normas que integran a las leyes ordinarias que reglamentan a aquéllas. Así, la realidad nos presenta dos tipos básicos de normas:

a) Las que regulan la actividad del poder público, entre las que se encuentra, como ya vimos, las constitucionales -- (incluidas las garantías individuales, consideradas como límites al poder público); las procedimentales (algunas están contenidas en la Constitución y otras en las leyes ordinarias) y las normas de las leyes orgánicas. Alf Ross llama a este tipo de preceptos, normas de competencia.

b) Normas que regulan la conducta de los particulares entre sí (civiles, penales, laborales) y con el poder público -- (administrativas, fiscales y las de derecho agrario), llamadas por Ross, normas de comportamiento.

Las normas penales regulan la conducta de los particulares, independientemente que, en algunos casos, obren como titulares de órganos del poder público. En tales situaciones, el delito no lo comete el Estado o el Gobierno, sino el individuo.

Hacemos notar que esta distinción que proponemos es diferente a la clasificación del derecho en público y privado. Esta atiende al tipo de relación entre los sujetos, mientras que -

la que proponemos está en función de los sujetos destinatarios y tiene como propósito únicamente señalar la existencia de los dos tipos de normas y tratar de determinar si a ambos corresponde la misma estructura.

Esta cuestión no está resuelta aún, e independientemente de cual sea la solución nosotros nos centraremos en el análisis de la estructura de las normas que regulan la conducta de los particulares o súbditos del Estado; en particular, de la norma penal. Trataremos de averiguar si existe o debe proponerse una estructura distinta para las diferentes especies de normas (civiles, mercantiles, penales, laborales), o bien, si existe una misma estructura o puede inferirse una misma estructura de las normas positivas.

Para el maestro Recaséns Siches la estructura lógica del precepto jurídico es común a todos los modos posibles del derecho, pero advierte que no todo artículo de una ley o de un código configura un precepto jurídico completo. Tales artículos, dice, constituyen una parte o un fragmento de otras normas y señala como ejemplo los artículos de un código penal que determinan cuáles son las circunstancias eximentes de incriminación y cuáles son las agravantes y las atenuantes de responsabilidad.¹³⁾

Antolisei llama "normas incriminadoras" a aquellas que contienen la conducta ordenada o prohibida y la correspondiente sanción. "Incompletas" o "imperfectas" son aquellas normas que contienen alguno de los dos elementos. Al lado de estas normas existen otras que ni prohíben ni ordenan conductas ni fijan sanción alguna; estas normas están destinadas a "limitar el alcance

de otras o a limitar su aplicabilidad"; se denominan "normas integradoras" o de "segundo grado". Apunta el tratadista italiano citado que a esta categoría pertenecen las disposiciones de la parte general del Código Penal.¹⁴⁾

Kelsen sostiene que el precepto jurídico es un juicio hipotético constituido por dos partes unidas por el "deber ser": la condición jurídica (hecho condicionante) y la consecuencia jurídica (hecho condicionado). Así, el esquema del precepto jurídico es: bajo la condición de que un hombre se comporte de una manera determinada (que haga u omita algo determinado), otro hombre (el órgano del Estado) debe ejecutar un acto coactivo contra el primero. La formulación del esquema del enunciado jurídico, contenido en la última edición de la Teoría Pura del Derecho, es la siguiente: Bajo determinadas condiciones, deben ejecutarse determinados actos coactivos; en el entendido de que tanto las condiciones como los actos coactivos están determinados por el orden jurídico.¹⁵⁾

El juicio que prescribe una sanción para el caso de que se realice un supuesto (conducta antijurídica) constituye la norma jurídica primaria. Esta norma suscita el deber jurídico de comportarse de un modo diferente de aquel que constituye el supuesto para la sanción. Este deber integra a la norma jurídica secundaria, misma que estatuye la conducta que evita la coacción.¹⁶⁾

Las normas primaria y secundaria pueden expresarse de la siguiente manera: si se realiza una conducta (antijurídica) "X", debe aplicarse una sanción "Z" (norma primaria). De esta nor

ma deriva la siguiente: debe observarse una conducta "Y" (norma - secundaria"). Este deber puede consistir en una orden o una prohibición (acción u omisión, respectivamente) que evitan el acto -- coactivo. Esta es la conducta esperada por el poder público, en tanto que es la contraria a la conducta antijurídica. En opinión de Kelsen, una determinada conducta es requerida por el orden jurídico en la medida en que el comportamiento opuesto es -- condición de una sanción.¹⁷⁾

Explica el autor de la teoría pura del derecho que con el orden jurídico se pretende obtener un determinado estado social. Con este propósito, se enlaza a las conductas humanas que sean contrarias a ese estado, un acto coactivo como consecuencia. Agrega que el fin del derecho es motivar a los hombres a observar una determinada conducta por medio de la representación de un mal que les amenaza para el caso de que se realice la conducta contraria a la esperada.

Así, el orden jurídico puede considerarse como una suma de normas en las que aparecen mandadas las conductas que el orden jurídico tiene por fin (las que evitan el acto coactivo); por ejemplo: no se debe matar, se debe restituir un préstamo recibido, etc.¹⁸⁾

Por lo que se refiere específicamente a las normas penales, Kelsen es de la opinión de que éstas prohíben y ordenan conductas. Señala que "Los códigos penales modernos no contienen, por lo común, ninguna norma en las cuales, como en los Diez Mandamientos, se prohíba el matar, el adulterio y otros delitos, - sino que se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a deter-

minados hechos...el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta, en cuanto enlaza a esa conducta una sanción, o bien, obliga a determinada conducta en cuanto enlaza una sanción a la conducta contraria." 19)

El maestro Ignacio Villalobos enseña que "El derecho Penal, para quienes no compartimos la interpretación demasiado corriente que se ha dado a las ideas de Binding, no se limita a imponer penas: como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por eso es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición, que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas o a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio o el robo; y resulta extremadamente sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella." 20)

En nuestra opinión, el precepto jurídico puede expresarse de la forma siguiente: "A debe ser; si A no es, entonces debe ser B". En este esquema "A" representa el deber establecido por la norma, es decir, la conducta esperada (acción u omisión) por el poder público; "B" representa el acto coactivo. La expresión "A debe ser", equivale a la norma secundaria del esquema de Kelsen y el resto de la fórmula es equivalente a la norma primaria kelseniana. Encontramos que el maestro Recaséns llegó a una conclusión semejante a la nuestra; misma que se encuentra expresada en la parte subrayada de la siguiente cita: La fórmula, propuesta por Kelsen (Si A es, debe ser B) "...implica que la norma jurídica se

halla dividida en dos normas separadas -aunque recíprocamente conexas-, en dos expresiones de un 'deber ser': una, tendiente a lograr que cierto individuo observe la conducta 'debidá'; y otra, -según la cual un segundo individuo (el órgano del Estado) debe imponer una sanción, en el caso de que aquella norma sea violada. Así, por ejemplo: no se debe robar; si alguien roba deberá ser castigado por el órgano competente del Estado. (subrayado nuestro) Si se afirma que la primera norma, que prohíbe el robo, que es la llamada secundaria por Kelsen, sólo es jurídicamente válida, si la segunda -denominada primaria por Kelsen- atribuye al robo una sanción, entonces, estrictamente, la norma secundaria resulta superflua en un análisis de la estructura lógica del precepto jurídico.

"Sin embargo, la representación del Derecho resulta grandemente facilitada, si nos permitimos suponer también la existencia de la norma secundaria, de la norma que prescribe como debidas determinadas conductas y prohíbe como vedados ciertos comportamientos.

"La desnuda enunciación del precepto jurídico para expresar pura y estrictamente la estructura lógica de éste, podría ser sólo la afirmación de que el Estado liga, a determinados hechos, unos actos propios coercitivos (de ejecución o de pena). -- Los códigos penales suelen expresarse así. Si no lo hacen en apariencia de tal modo las leyes civiles, es porque en su tenor está supuesta y subsumida la ejecución forzada, como consecuencia del incumplimiento del deber jurídico, ya que dicha ejecución suele ser común en su forma a la mayor parte de las violaciones de las

leyes civiles; mientras que, en cambio, la pena es diferente con respecto a los diversos delitos." 21)

Kaufmann propone la siguiente formulación para el precepto jurídico: "Un sujeto A debe observar en tales circunstancias una conducta C¹; si no lo hace, a su respecto debe adoptarse una conducta C² " 22)

La parte de la norma que establece el deber ser en el esquema que proponemos (A debe ser), es llamada por Carrancá y Trujillo "norma de cultura". Nos dice que "Entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que ésta ni manda ni prohíbe. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; no órdenes ni prohibiciones. En el fondo, o debajo, o por encima del precepto, está la norma de cultura de que el precepto se nutre y con el que se vivifica. La norma 'no matarás' del Decálogo se halla subsumida en el artículo 302 c.p. 1931 del Distrito: 'Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro'. Este precepto ni ordena ni prohíbe; la conducta humana causal de un homicidio no lo infringe; lo que infringe o viola es la norma de cultura inmersa en el precepto, el 'no matarás'. La norma, como la raíz del árbol, no se ve; pero sin ella que lo alimenta no existiría el precepto, como sin la raíz el árbol."²³⁾ Pero el autor no alude a una norma cualquiera, como a primera vista podría pensarse. Para Carrancá, la antijuridicidad es la "oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado". El autor parece referirse únicamente a las normas jurídicas cuando señala que las normas de cultura deben estar reconocidas por

el Estado; lo que se confirma al afirmar que la antijuridicidad "Es, en suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado; lo que ya fue señalado por Carrara." ²⁴⁾ De aquí se sigue que la conducta humana sí constituye una infracción u oposición a la norma jurídica que tipifica el delito; concretamente, constituye una violación de la parte de esa norma que establece el deber ser: el "no matarás" en el ejemplo que pone el Maestro Carrancá.

Agrega Carrancá: "Cuando la norma de cultura ha sido - recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito." Nos preguntamos: ¿En qué momento recoge el ordenamiento jurídico a la norma de cultura y de que forma se hace la incorporación? La única respuesta es la siguiente: la norma de cultura queda incorporada al orden jurídico en el momento mismo en que la norma jurídica (o ley en el sentido en el que emplea Carrancá este término) es puesta en vigor por el poder público. En consecuencia, la "norma de cultura", forma parte de la "ley". Así resulta que --- "norma" y "ley" son dos partes de la estructura de la norma jurídica, según el esquema propuesto por nosotros. La "norma" contiene el deber, la conducta esperada por el poder público; la "ley" contiene la conducta contraria, a la que se enlaza una sanción.

Ahora podemos entender la afirmación de que el delito no viola ni infringe la "ley", sino a la "norma".

En algunas normas la conducta ordenada o prohibida está señalada expresamente, mientras que la antijurídica se sobre-

García Maynez afirma que las normas son imperativos hipotéticos que estatuyen un deber condicionado. "Una norma estatuye un deber condicionado cuando hace depender la existencia de éste de la realización de ciertos supuestos. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales encontramos una disposición según la cual, si los perros de caza penetran en terreno ajeno sin la voluntad del cazador, y causan daños, debe éste indemnizar al dueño del predio (art. 863). La obligación que impone el citado artículo no puede nacer mientras no se realicen los siguientes supuestos:

- "1. Que los perros de caza penetren al terreno ajeno.
 - "2. Que el hecho ocurra independientemente de la voluntad del cazador.
 - "3. Que causen daños en el mencionado predio.
- "Al darse estos elementos, ipso facto se produce la obligación de indemnizar." 25)

Sin embargo, la fórmula que propone el distinguido profesor no sería aplicable a otro precepto del mismo Código Civil que establece el siguiente mandato: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige." (art. 146). Aquí el deber no está condicionado, sino impuesto directamente. El precepto que dice "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente" (art. 162), tampoco contiene un deber condicionado.

Todas las normas, incluidas las jurídicas, sin duda alguna, establecen deberes. Norma es lo que establece un deber. Re-

ciso no confundir; aunque el deber moral, el deber religioso y el deber de decoro, de pagar, se parezcan al deber jurídico, sin embargo se trata de cosas distintas. El deber jurídico lo tiene sólo y exclusivamente porque hay una norma de Derecho positivo - que así lo determina y en caso de que no pague, será ejecutado - en su patrimonio, y lo único que esta norma le exige es el hecho objetivo y exterior del pago, sin preceptuarle ningún especial estado interno de ánimo respecto del acreedor. En cambio, la norma religiosa y la norma moral preceptúan también que pague, pero fundándose sobre otros valores, por ejemplo, en que no debe permitir que una pasión ilícita de lucro indebido se enseñoree de su conciencia, en que debe profesar amor al prójimo; y, por todo eso, le exige no sólo el pago externo, sino una disposición de simpatía para su acreedor. Y la norma del trato o uso social del decoro, que prescribe también el deber del pago, se funda sobre otros supuestos a saber: en ideas de decencia, de limpieza en las relaciones sociales, de mutua consideración. En este ejemplo se dan varios deberes similares superpuestos: el jurídico, el religioso, el moral y el social; pero podemos abstraer cada uno de ellos y considerarlo como diferente de los demás. El deber jurídico se basa pura y exclusivamente en la norma de Derecho positivo; y, aquí, por ejemplo, ocurre que ante un convenio nulo o inexistente por falta de haberse otorgado con las formalidades legales (verbigracia, escritura notarial, que es requerida para determinadas materias, por ejemplo para la venta de bienes inmuebles o raíces), hay que decir que no existe deber jurídico positivo de cumplirlo; y, en cambio, moralmente es muy probable que

hayamos de reconocer que han surgido deberes; y, posiblemente, - también según las reglas sociales del decoro. El jugador en juegos de azar jurídicamente prohibidos, no tiene el deber jurídico de pagar, según la mayoría de los códigos civiles; probablemente tampoco tenga el deber moral de hacerlo; pero, en cambio, según las normas del trato vigentes en el círculo social de los tahúres, tendrá el deber de decoro de abonar su deuda dentro del plazo de 24 horas.

"Por consiguiente, urge tener claramente a la vista que cada tipo de normas determina un especial tipo correspondiente de deberes, que es forzoso distinguir con toda pulcritud de los deberes semejantes determinados por otros tipos de normas. Tanto más, cuanto que suele ocurrir que una misma situación es regulada por varias normas (moral, religiosa, social, jurídica), y que a veces los deberes dimanantes de cada una de ellas se asemejan en apariencia.

"Aquí importa esclarecer el concepto de deber jurídico, aislado y con independencia de todos los demás deberes que puedan concurrir con él.

"Cuando formulamos la pregunta de cuál sea la esencia del deber jurídico, necesariamente se tiene que buscar la solución dentro del mismo concepto de norma jurídica, dejando a un lado la circunstancia de que los contenidos del deber jurídico pueden concurrir con los contenidos de deberes morales y sociales y ser semejantes a éstos.

"De momento, y para afirmar más todavía la autonomía del deber jurídico, recuérdese que es postulado esencial de todo

Derecho que el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento; y que, por el contrario, no puede existir un deber moral - singular y actual para un sujeto, si éste no conoce la norma y está además convencido de su bondad, porque, aunque los valores morales sean objetivos, no originan de presente una obligación de conciencia, sino en tanto en cuanto son conocidos y reconocidos como tales.

"Que debe haber una fundamentación específica e independientemente del deber jurídico, lo prueba el hecho corriente de que hay muchos deberes jurídicos, cuyo contenido no está consignado en ninguna norma moral, religiosa o social, ni en postulados de cultura; y, sin embargo, a ningún jurista, pensando exclusivamente como tal (es decir, fundándose sobre el supuesto de la validez del Derecho positivo), se le ocurriría negar tales deberes.

"Se puede hablar de un deber jurídico concreto, como dimanante de un precepto de Derecho positivo válido, en tanto en cuanto tal precepto es capaz de subjetivación, es decir, es capaz de ser individualizado en una persona determinada. El precepto objetivo válido para todos se convierte en deber jurídico subjetivo de una determinada persona, porque y en tanto que ordena que se imponga una sanción al sujeto que se comporta de aquel modo que está previsto en la norma como la condición o hipótesis de un acto sancionador por el Estado; esto es, en tanto en cuanto que se deba imponer una sanción al que se comporte de una manera contraria a lo preceptuado en la norma. O, expresando lo mismo con otras palabras: que alguien tiene un deber jurídico de comportarse de una determinada manera quiere decir que se halla situado en

relación con la norma de tal modo que, si no se conduce según lo determinado por la norma, podrá o deberá ser objeto de un acto de coerción impositiva de carácter inexorable. O, lo que es lo mismo; la existencia del deber jurídico se determina por virtud de que la violación de la conducta en aquél señalada constituye el presupuesto de una sanción jurídica, esto es, el supuesto de una de las formas de la coercitividad inexorable.

"Donde no sea posible, a tenor de lo dispuesto por el orden jurídico, el imponer una coacción inexorable al sujeto, entonces es evidente que éste no tiene un deber jurídico. Podrá tener un deber moral de rango superior, o un deber social, o un deber religioso de comportarse de una determinada manera; pero en caso de que si no lo hace no pueda ser objeto de una sanción, entonces no tiene propiamente un deber jurídico." 26)

El deber jurídico implica la existencia de la amenaza (por parte del orden jurídico) de una sanción, para el caso de que se realice la conducta contraria a la estatuida por ese deber. Esta conducta contraria al deber jurídico (condición para la aplicación de la sanción jurídica) es lo que configura la llamada conducta antijurídica. Podemos decir que la antijuridicidad es lo "contrario a derecho" o que es una "violación de la norma jurídica". Pero para ser más precisos debemos decir que lo antijurídico es lo "contrario al deber jurídico."

4. La antijuridicidad

Una conducta es ilícita o antijurídica porque es punible, es decir, en términos Kelsenianos, esa conducta es ilícita o

antijurídica en virtud de que su realización se ha convertido en condición para la aplicación de un acto coactivo; pero no podemos decir que es punible debido a que es ilícita, porque esto implica suponer que la conducta es en sí misma antijurídica o ilícita, al margen de toda valoración y consideración jurídica. 27)

Esta conducta podrá ser considerada como inmoral o antisocial, pero para ser considerada como ilícito (jurídico) o conducta antijurídica debe existir una norma jurídica que se refiera a esa conducta en su contenido. Es esta relación o referencia la que hace que un acto sea jurídico o antijurídico. El Doctor Kelsen explica que los acontecimientos fácticos considerados como jurídicos se componen de dos elementos: a) Un acto sensible que acontece en el tiempo y en el espacio, b) la significación jurídica de ese acto. El acto adquiere una significación jurídica si una norma se refiere a él en su contenido. En este sentido, la norma es un "esquema de explicitación conceptual" o "esquema de interpretación", gracias a la cual un acto de conducta humana se considera como un acto conforme a derecho o contrario a derecho. 28)

En estricto rigor, hay antijuridicidad cuando el orden jurídico ordena o prohíbe determinada conducta y señala una sanción para el caso de que se realice la conducta contraria. La duda se presenta cuando no ordena ni prohíbe expresamente conducta alguna, sino que enlaza una sanción a la realización de determinada acción u omisión, como sucede con las normas penales y algunas civiles. En este caso, Kelsen dice que no puede afirmarse que el acto sea "contrario" o "violatorio del derecho. Así, por ejemplo, no podemos decir que el hombre que co

nirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena"; "bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse." 29)

Para Mezger el tipo es, en el sentido de la teoría general del derecho, el "conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica"; en sentido jurídico-penal el tipo es "el injusto descrito concretamente por la ley penal en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada una sanción penal" 30) Villalobos nos dice que el tipo es "la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo." Jiménez Huerta enseña que el tipo es el injusto recogido y descrito en la ley penal. 31)

Para Pavón Vasconcelos el tipo es "la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal." 32)

Podemos, con Kelsen, considerar a la norma jurídica como un "esquema de interpretación". De acuerdo con esto, los actos que realizamos diariamente serán actos conforme a derecho o contrarios a derecho. Asimismo, ese "esquema de interpretación"

puede ser llamado tipo, tal como sucede en el derecho penal, y - por tanto, al realizarse la conducta prevista, estamos ante la - tipicidad. Así, el que realiza lo ordenado por la norma u omite lo prohibido por la misma, está procediendo conforme a derecho, y en este sentido, obrará típicamente. Si efectúa la conducta -- contraria a la ordenada o prohibida, también estará obrando típicamente, y, en este sentido, antijurídicamente. Es decir, que la tipicidad puede indicar un obrar conforme a derecho o contrario a derecho o antijurídico. Sin embargo, de las definiciones antes expuestas concluimos que en la doctrina penal el tipo es la parte de la norma que describe la conducta antijurídica a la que se enlaza la sanción prevista en la misma norma. Recordemos el esquema del precepto jurídico que proponemos: A debe ser (conducta ordenada o prohibida, la esperada por el legislador y que al --- efectuarse u omitirse, según el caso, se estima conforme a derecho); si A no es (la conducta contraria a la esperada por el legislador, la conducta contraria a derecho en cuanto que es contraria al deber establecido por la norma); debe ser B (la san--- ción prevista como consecuencia de la conducta contraria al deber). La tipicidad penal corresponde a la parte de la norma que dice si "A no es". En consecuencia, estamos de acuerdo con la -- teoría del tipo como ratio essendi de la antijuridicidad, sostenida por Mezger, según la cual el tipo es el fundamento real y - de validez de la antijuridicidad. 33)

La tipicidad es la adecuación o encuadramiento de una conducta concreta a lo prescrito por el tipo. Por tanto desde el momento mismo en que hay tipicidad, hay antijuridicidad en vir--

expresamente la antijuridicidad de las acciones que caen dentro - del campo penal, en nuestro derecho se le presume por el solo hecho de tipificarlas y de sancionarlas; así, toda acción típica punible, según la ley, es antijurídica; y no será antijurídica una acción que por ella no esté tipificada y sancionada, así sea, desde el punto de vista ético, de ilimitada gravedad. Esto mismo se consagra en la Constitución al prescribir que, si no es por ley - expedida con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trata, no pueda imponerse pena alguna (art. 14 --- const.)" 34)

Pero además de los elementos material u objetivo (conducta o hecho) y del valorativo (antijuridicidad), el delito requiere del elemento psíquico (dolo y culpa), del que nos ocuparemos en el Capítulo Segundo. Con este último elemento, se completa la definición del delito, para quedar así: Conducta antijurídica y culpable, en el entendido, insistimos, de que la antijuridicidad implica la tipicidad y la punibilidad.

II. La sanción

1. Sanción y punibilidad

1.1. La sanción prevista en la norma penal como consecuencia de la conducta antijurídica, es denominada también punibilidad. El destacado maestro Luis Jiménez de Asua explica - que "punibilidad" no significa "que un acto pueda ser susceptible de pena"; significa que el acto ya está conminado con una pena en las leyes vigentes.³⁵⁾

Al lado de la pena, de la que nadie discute su carácter de sanción, han surgido en los Códigos Penales las llamadas medidas de seguridad, sobre cuya naturaleza no existe acuerdo en la doctrina: Algunos le señalan el carácter de sanción, mientras que otros se lo niegan.³⁶⁾

Esta controversia doctrinal tiene su origen en el distinto significado que se le da al término medidas de seguridad. Con esta palabra se designa a determinadas medidas previstas como consecuencia del delito; se utiliza también para llamar a las medidas de seguridad que se aplican a quienes han cometido una infracción penal, pero que no son considerados como delincuentes, como los inimputables, y, finalmente, se aplica a determinadas medidas para prevenir el delito en sujetos que no han delinquido.

El Código Penal mismo no es claro a este respecto; además de que no distingue entre las penas y las medidas de seguridad, no nos dice cuáles de éstas tienen el carácter de sanción.

1.2. Se discute por la doctrina si la punibilidad constituye o no un elemento esencial del delito.³⁷⁾ La ---

cuestión podría plantearse de la siguiente manera: ¿Puede existir el delito sin la sanción? Es decir: ¿puede una conducta ser considerada como delictuosa por el orden jurídico, sin que ese mismo orden contemple una sanción para el caso de que esa conducta se efectúe? Si el delito puede existir sin que la ley prevea una sanción para el mismo entonces deberemos concluir que la sanción no forma parte de la esencia del delito. Por el contrario, si concluimos que una conducta no puede ser considerada como delictuosa si no está conminada con una sanción, entonces tendremos que concluir que la punibilidad es parte de la esencia del delito; es decir, que es un elemento del mismo.

En México, Ignacio Villalobos expresamente afirma que el delito puede existir independientemente de que el legislador contemple o no una sanción para el mismo; es suficiente, nos dice, con que el legislador tipifique una conducta como delito para que éste exista. Ante esta afirmación, reiteramos que la conducta antijurídica es la contraria al deber jurídico contenido en la norma y que ese deber no puede existir si la conducta ordenada o prohibida no está conminada con una sanción. Es decir, conducta antijurídica es una conducta típica y punible. Una conducta, para ser delito, además de culpable, debe ser antijurídica. Para ser antijurídica, además de típica, debe ser punible; esto es, debe estar prevista en la ley como condición de una sanción.

Es indiscutible que no podemos pensar en la existencia de un orden jurídico si las conductas ordenadas o prohibidas no están conminadas con un acto coactivo. Es la coac---

tividad lo que diferencia al derecho de otros órdenes normativos.

El orden sin sanciones que el Profesor Villalobos considera como posible, de jurídico únicamente tendría la denominación; se asemejaría más a un orden moral o religioso que a un orden jurídico.

Don Luis Jiménez de Asúa hace la siguiente cita del tratadista chileno Ortiz Muñoz: "Hay quienes niegan a la sanción penal la categoría de elemento del delito y dicen que la pena no puede ser uno de esos elementos. Si el pensamiento corresponde al lenguaje con que lo expresan, podemos decirles que tienen razón, porque nadie podría demostrar con argumentos aceptables que 'la pena' sea elemento del delito. Lo que nosotros decimos es cosa bien diferente. Afirmamos que 'la circunstancia de existir una sanción penal' asignada por la ley, es elemento esencial del concepto del delito, pues si esa circunstancia no concurre, no puede hablarse de delito porque sabemos que él no puede existir sin ley que haya establecido previamente la sanción penal," 38)

Un importante sector de la doctrina alemana lo que parece discutir es la inclusión o exclusión en la definición del delito de la nota de punibilidad. Quienes afirman que la inclusión de esa nota en la definición es una "tautología" implícitamente están aceptando que la nota está contenida en lo definido. Luego resulta una falacia concluir que la punibilidad no es elemento del delito en virtud de que esa nota está o debe ser excluida de la definición del mismo. 39)

2. Las penas y las medidas de seguridad. Su naturaleza y sus fines.

2.1. La mejor comprensión de este tema obliga a una referencia previa, así sea somera, a las ideas de las Escuelas Penales de más influencia: la Clásica y la Positiva.

La Escuela Clásica está formada por el conjunto de doctrinas anteriores a la de los positivistas. Estos fueron quienes dieron esta denominación a esas doctrinas en las que no tan solo no existe uniformidad sino que se advierten tendencias opuestas. Jiménez de Asúa señala que el nombre fue adjudicado por Enrique Ferri con un sentido peyorativo y con el que quiso significar lo viejo y lo caduco.⁴⁰⁾ Francisco Carrara es considerado el autor más representativo de esta Escuela, que se inicia con la -- Obra de Cesar Bonnesana, Marqués de Beccaria, titulada de los Delitos y de las Penas y publicada en el año de 1764. Esta obra constituye el punto de partida de una evolución humanitaria del derecho penal. Bajo su influencia, los principios de la criminalidad contenidos en la declaración de los derechos del hombre, se caracterizan por su tendencia individualista, humanitaria, en favor -- del delincuente y limitativa del poder del Estado.⁴¹⁾

Han sido diversos los fundamentos que se han dado para justificar al ius puniendi o poder que tiene el Estado para castigar a sus súbditos. De entre estos importa destacar las ideas de justicia y utilidad como fundamento de la pena. La idea de justicia implica la de retribución jurídica: el premio para el bien y el castigo para el mal. Es necesario que el mal sea retribuido -- con un castigo; de no ser así se consumiría una injusticia que --

acarrearía insatisfacción y deseo de venganza. Por otra parte, la pena se justifica porque es útil para mantener el orden público. Carrara consumó la fusión de los principios de utilidad y de justicia como básicas del derecho de castigar.⁴²⁾

Los principios fundamentales de la Escuela Clásica son los siguientes:

a) El punto cardinal de la ley penal y de la justicia penal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente, hecho subjetivo.

b) El método es deductivo y especulativo.

c) Sólo puede ser castigado quien realice un acto previsto por la ley como delito y sancionado con una pena.

d) La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables (responsabilidad basada en el libre albedrío)

e) La represión penal pertenece al Estado exclusivamente, pero en el ejercicio de su función el Estado debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente.

f) La pena debe ser estrictamente proporcional al delito (retribución) y señalada en forma fija.

g) El juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito.⁴³⁾

Ferri afirma que la Escuela Clásica dejó en la penumbra al delincuente; solo le preocupó la construcción orgánica y lógica de todo un sistema de normas represivas, valiéndose para esto de la metafísica y abstracciones irreales. Apunta el profesor Carrancá que se reprocha a la mencionada orientación penal su inefi

cacia para atacar el aumento de la reincidencia; el incremento de la criminalidad juvenil; la defectuosa organización carcelaria -- con régimen celular y la pródiga abundancia de las penas cortas - de privación de la libertad.⁴⁴⁾

Ramos señala que la Escuela Clásica no ignoró al delincuente, sino que no lo considera en virtud de que no lo necesita en su construcción jurídica.⁴⁵⁾ Es evidente, consideramos, que le asiste la razón al autor citado. La ciencia del derecho penal es una ciencia de normas. El delincuente, ser de la naturaleza, no podía ser objeto más que de una ciencia causal-explicativa como - lo es la criminología, que es la ciencia que los positivistas iniciaron con sus estudios. No se niega la importancia y conveniencia de que el jurista estudie lo que podría denominarse la teoría del delincuente. Al lado de la ciencia del derecho penal otras -- ciencias causal-explicativas integran lo que se conoce con el nombre de ciencias penales. Entre estas ciencias se encuentra incluida la criminología que, para algunos, es una más de ellas y para otros constituye la suma de las mismas. Aquí lo que importa es poner en claro que los objetos de las diversas ciencias penales son diferentes. Por consecuencia los métodos tienen que ser diferentes.

Para la Escuela Positiva "No puede existir cuestión del derecho del Estado para reprimir el delito, porque esto es suponer un derecho no sancionado por la fuerza coercitiva de la colectividad. El único problema que se puede admitir es el de los fines de la pena... El Estado se defiende, como todo organismo que reacciona ante los ataques del mundo exterior; no persigue fines

metafísicos de retribución o expiación, sino solamente de defensa social respecto a la posibilidad de agresiones futuras."46)

El positivismo criminal tiene como principales representantes a César Lombroso, a Ferri y a Garófalo; cuyas obras principales son El hombre delincuente; la Sociología criminal y Criminología, respectivamente. El primero estableció que antes de estudiar al delito como entidad jurídica o infracción a la ley penal, habría que estudiarlo como un fenómeno natural y social, como una acción humana. Para Ferri, el delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales. Garófalo construyó la noción de temeridad, completada por Grispini de la siguiente manera; "La peligrosidad criminal es la capacidad de una persona de convertirse con toda probabilidad en autora de un delito. Desde el punto de vista psíquico, por tanto, la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, es un atributo, es una cualidad de una persona y, más precisamente, la condición psíquica de una persona en cuanto causa probable de un delito. Desde el punto de vista jurídico la peligrosidad criminal es un estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción criminal."47)

Resumen de la Escuela Positiva, según Villalobos y Carrancá Trujillo.

1. El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente, autor del delito. Este no es otra cosa que un síntoma revelador del estado peligroso del delincuente.

2. La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al "estado

peligroso" y no a la gravedad de la infracción.

3. El método filosófico es el inductivo experimental.

4. Todo infractor, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal si cae bajo el campo de la ley penal.

5. La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos, y por tanto, -- las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

6. El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola -- con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

7. La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles; por tanto, el régimen celular absoluto y las penas cortas de privación de la libertad son contraproducentes: la pena es, pues defensa y reeducación.⁴⁸⁾

Abarca sintetiza en los siguientes puntos los principios de la Escuela Clásica:

"1.- El Derecho Penal no debe fundarse en el principio de la justicia absoluta, que es una abstracción del pensamiento humano, sino en el hecho social de la defensa de la colectividad frente a las agresiones de los delincuentes.

"2.- El delincuente, (considerado por los clásicos como unidad humana, libre en su voluntad, ilustrado en su razón, dotado de sentimientos uniformes y de los mismos derechos), es en realidad un individuo anormal a quien impulsan al delito sus tendencias, originadas por múltiples factores; de manera que constituye

un elemento antisocial por su potencialidad para la comisión de delitos en el futuro. El delito es solamente la ocasión que revela la peligrosidad del delincuente. De aquí resulta que el delito deja de ser el meollo de la ciencia del Derecho Penal, que debe girar en torno al delincuente.

"3.- Puesto que el Derecho Penal no se funda en la justicia absoluta, ni en la idea de la venganza, sino en la necesidad de la defensa social, la pena no debe ser castigo de la infracción cometida, sino medida de defensa social que tienda a evitar la comisión de delitos futuros. Si es posible la readaptación del delincuente, a ella debe tenderse; en caso contrario, debe eliminarse al delincuente para defender a la colectividad.

"5.- La pena debe estar en proporción con la peligrosidad del delincuente, porque sólo así se satisfacen los fines de defensa social a que nos hemos referido antes: la proporción entre el delito y la pena se aplica para fines de retribución o de castigo, pero no de defensa.

"6.- La función judicial no consiste en una aplicación automática de la pena, sino en el estudio científico del delincuente, de su peligrosidad, móviles, fines, antecedentes, etc., - lo que lo aproxima a una labor de profilaxis social."⁴⁹⁾

En opinión de Carrancá y Trujillo, la Escuela Positiva adoptó como fundamento amplio la defensa social pero no hizo de ella su propia y principal base de sustentación. Ha sido la Escuela de la defensa social la que la ha proclamado como idea madre de su programa, asignando a la pena los siguientes fines concretos: mejorar socialmente al delincuente para prevenir que ---

vuelva a delinquir y prevenir esto en los demás. En esto consiste la defensa social que, así concebida, no es venganza social; tampoco es corolario de la idea abstracta de justicia o compensación moral retributiva de mal por mal, porque esta idea es ajena al derecho penal, mismo que debe examinar las causas de las actividades antisociales de los individuos, más que sus efectos. A--grega el citado profesor: "La defensa social tampoco es defensa jurídica o tutela del orden jurídico, aunque al Derecho Penal co--rresponda tutelar enérgicamente los bienes jurídicos, porque es mucho más: defensa de la sociedad por medio de la conservación - y perfeccionamiento de la sociedad entera." "De lo anterior pode--mos concluir que la defensa social tiene por fines la prevención del delito y, cuando ya ha ocurrido, la defensa contra sus efec--tos. Para ello se mantiene ajena a todo fin trascendental, retri--butivo moralmente, de expiación o de castigo. La tutela penal se justifica por la necesidad de defender las condiciones de existen--cia de una sociedad determinada, en un momento dado, frente a -- las violaciones que la ponen en peligro."⁵⁰⁾

2.2. Para la Escuela Clásica, acabamos de decirlo, la pena es retribución de un mal con un mal; es expiación y casti--go; mientras que para el positivismo criminal, la sanción es me--dio de seguridad e instrumento de la defensa social; la pena es un tratamiento impuesto por el Estado a quienes delinquen y re--sultan socialmente peligrosos. Es frecuente que por la naturale--za misma de las cosas, la pena resulte aflictiva para el delin--cuente que la sufre, pero esta aflictividad de la pena no es re--quisito esencial e indispensable de ella, puesto que no lo exige

la defensa y la prevención para los que debe servir. Este concepto de pena, señala Eugenio Florian, pertenece al derecho penal - del porvenir; entre tanto, el concepto de pena vigente en las leyes es el tradicional: el de un mal que se impone al delincuente culpable.⁵¹⁾

Ricardo Abarca señala que el Código Penal de 1929, de filiación positivista, lo único que hizo fue cambiar el nombre de pena por el de sanción, pero no logró que la pena dejara de ser la consecuencia que debe sufrir el culpable del delito ni le quitó su naturaleza de ser un mal que debe sufrir el delincuente. Citando a Ceniceros y Garrido, hace notar la confusión que hacen los positivistas entre la naturaleza de la pena y los fines de ésta. La pena, concluye, independientemente de la finalidad que persiga el Estado con el sistema penal, es esencialmente un mal con el que el Estado retribuye la acción del delito.⁵²⁾

La siguiente afirmación de Carrancá y Trujillo, referida a los positivistas, parece darle la razón a Abarca: "En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o -- que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social."⁵³⁾

Mezger, siguiendo a Carrara, atribuye a la pena un fin de prevención general y un fin de prevención especial. El primero actúa sobre la colectividad, contrarrestando las inclinaciones a delinquir que tienen todos los individuos. La prevención especial tiende a evitar que el delincuente cometa nuevos delitos.⁵⁴⁾

Caniceros y Garrido señalan que "el medio fundamental de la lucha contra el delito es la pena, vivida ésta en nuestras instituciones de reclusión como sufrimiento, como ejemplaridad y expiación, a pesar de que nuestro deseo doctrinario sea contrario a esta situación. La aplicación de la pena provoca en cada sujeto varios efectos y no porque en la ley se fijen determinados fines, la psicología del delincuente y los elementos de que en el régimen correccional se dispongan, permitan siempre la realización de esos fines."⁵⁵⁾

Villalobos distingue dos momentos en la actividad que el Estado realiza para combatir el delito: la prevención general y la represión. La primera es anterior a todo delito y la segunda supone la comisión de un delito y se vale de las penas y las medidas de seguridad. Clasifica las causas del delito en tres -- grupos y a partir de aquí propone su definición de pena. Las causas del delito son:

"a) La falta de formación de la conciencia y del carácter, por razón de edad.

"b) La anormalidad de ciertos estados conocidos como -- especialmente peligrosos; y

"c) La culpabilidad en los hombres normales."⁵⁶⁾

La pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley. Tal es la naturaleza de la pena; su fin es mantener el orden público y se aplica a los seres normales cuya conducta se rige por motivos, como un contraestímulo para corregir al delincuente y para disuadir a quienes están en posibilidad de delinquir.

En una alusión crítica al positivismo, Villalobos dice que "se propugna en el fondo un correccionalismo que nunca logró aceptación, pretendiendo que las penas no sean ya un castigo; que dichas penas no sean aflictivas ni intimidatorias sino simplemente correctivas de las supuestas causas determinantes de la delincuencia; y se pasa inadvertido que, precisamente por el conocimiento de lo que es el hombre, se han empleado y se siguen empleando las penas y las medidas de seguridad, sin perjuicio de -- que para la defensa contra irresponsables, para la formación del carácter de un adolescente y para la reforma o curación de los -- anormales, se sigan empleando, como se han empleado siempre, sólo las medidas de seguridad o tratamiento adecuados." 57)

Los fines últimos de la pena son la justicia y la defensa social; "...pero como mecanismo para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

"a) Intimidatoria, sin lo cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito.

"b) Ejemplar, para que no sólo exista una conminación teórica en los códigos sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.

"c) Correctiva, no sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo de su duración para llevar a efecto los tratamientos de enseñanza, curativos o reformadores que en cada sujeto resulten indicados para prevenir la reincidencia.

"d) Eliminatoria, temporalmente, mientras se crea lo--
 grar la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad; o perpe-
 tuamente si se trata de sujetos incorregibles. Quizá esta clase
 de sanciones, desde que se ha suprimido todo agregado con que an-
 tes se quería darles mayor carácter aflictivo, corresponderá más
 bién a la categoría de las medidas de seguridad, aun cuando muy
 respetables opiniones rechazan la exclusividad de este carácter
 por no perder de vista el efecto intimidatorio que no se desprecia
 en ellas.

"e) Justa, porque si el orden social que se trata de -
 mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio co-
 rrectivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante in-
 justicias; pero además, porque no se logrará la paz pública sin
 dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la socie-
 dad ofendidos por el delito, ni se evitarán de otra manera las -
 venganzas que renacerían indefectiblemente ante la falta de cas-
 tigo." 58)

Es decir, la pena debe tener como fines inmediatos in-
 timidar, poner ejemplo, corregir, eliminar y hacer justicia. De
 estos fines Villalobos infiere los siguientes caracteres de la -
 pena:

Para que la pena sea intimidatoria debe ser aflictiva,
 legal y cierta; para que sea ejemplar, debe ser pública; para -
 que sea correctiva, debe disponer de medios curativos, de educa-
 ción y de adaptación; para ser justas, las penas deben ser igua-
 les, suficientes, remisibles, reparables, personales, varias y -
 elásticas. 59)

2.3. En algunos códigos penales modernos, incluido el vigente en el Distrito Federal, las penas y las medidas de seguridad, con excepción de las previstas para los inimputables, están previstas como consecuencias jurídicas del delito; lo que implica que ambas tienen el carácter de sanción y, por lo mismo, suponen la previa comisión de un delito. Algunos autores no tienen presente esta circunstancia y confunden la medida de seguridad con lo que Ignacio Villalobos llama la "prevención general". Los positivistas emplean el término "medida de seguridad" en forma demasiado general y, por lo mismo ambigua. Con el mismo término se hace referencia a las sanciones accesorias del delito que tienen como -- fin principal el de la prevención especial, así como a las medidas aplicadas a los llamados "estados peligrosos" que implican peligrosidad por parte de los individuos, pero no la comisión de un delito. Es decir, se proponen las medidas de seguridad tanto para los delincuentes en acto como para los delincuentes en potencia. 60)

En síntesis, con el término medida de seguridad se designa a determinadas sanciones; a determinadas medidas que se aplican a quienes han cometido una infracción penal, pero que no son consideradas delincuentes, como los inimputables, y a determinadas medidas para prevenir el delito.

Las diversas concepciones de las medidas de seguridad -- provienen del distinto significado que se da la término, he aquí algunas opiniones: "Se dice: la pena es compensación y por ello -- represión y se halla destinada al fin de la compensación; las medidas de seguridad, por el contrario, son tratamientos de natura-

leza preventiva y responden al fin de la seguridad (Birkmeyer); - en consecuencia éstas se encuentran fuera del campo penal y corresponden a la autoridad administrativa. Pero se objeta, por el contrario": pena y medida de seguridad son análogas e imposibles de separar, son dos círculos secantes que pueden reemplazarse mutuamente; sólo cabe su diferenciación práctica, no la teórica --- (Liszt); en consecuencia una y otra corresponden a la esfera penal. Las penas atienden a la prevención general, las medidas de seguridad a la prevención especial (Jiménez de Asúa); aquéllas a los sujetos normales y éstas a los anormales. Por último: penas y medidas de seguridad son idénticas (Grispigny Antoliset). El Estado provee a una doble tutela: represiva y preventiva; a la primera corresponden las penas, que tienen un fin de retribución; a la segunda las medidas de seguridad, que tienen un fin de seguridad; nace aquí una doble categoría de sanciones criminales: represivas o retributivas (penas) y preventivas (medidas de seguridad), pudiendo aplicarse estas últimas tanto a los irresponsables como a los responsables después de expiada la pena; la pena es siempre aflicción y la medida de seguridad no requiere siempre la eficacia aflictiva; pero una y otra forman conjuntamente el objeto del derecho penal (Longhi). Al fijar las diferencias entre pena y medida de seguridad, precisa Mezger que la pena supone un delito determinado y constituye la reacción contra un acto cometido; es una justa punición o retribución, pero no entendida ni como venganza ni como retribución moral; la medida de seguridad también supone una sanción delictiva, pero mira solamente a la prevención de los delitos futuros y puede no corresponder precisamen

te a esa acción delictiva pues sólo mira a asegurar la conducta futura; las medidas de seguridad tratan de impedir la realización de delitos en el futuro y miran a la prevención especial, mientras que las penas a la general, social, psicológica e individual; el fin primero de la pena es proteger a la comunidad amenazada como un todo ordenado en función del concepto de justicia, en lo que concierne a la relación entre el acto y la reacción pública que provoca; su fin es ante todo y esencialmente el orden público." 61)

El profesor Ricardo Abarca hace notar que si bien la ley contempla a las medidas de seguridad como medidas complementarias de las penas o como sanción única, no deben confundirse con las penas, en virtud de que respecto a estas rige el principio de legalidad; previsto en el artículo 14 Constitucional (cada pena debe estar fijada por la ley para cada delito); mientras que las medidas de seguridad o son prevenciones generales para todos los delitos o se aplican a ciertas especies de delincuentes, lo que hace necesario que las medidas de seguridad sean indeterminadas en cantidad. "Los principios constitucionales a los que debe sujetarse la aplicación de las penas, no pueden extenderse a las medidas de seguridad, porque esto las condenaría a ineficacia; la vigilancia de la policía debe ejercerse sobre los peligrosos, aunque no hayan delinquido; las armas prohibidas deben recogerse y destruirse las substancias nocivas, aunque el acusado sea absuelto. Las garantías de la Constitución limitan la pena, porque es sufrimiento, pero no impiden que el Estado adopte las medidas de seguridad necesarias para prevenir el delito y

para esto es indiferente que el individuo peligroso haya delinquido." 62) Independientemente de que Abarca no se refiere a verdaderas medidas de seguridad (contempladas como sanciones), su criterio es desacertado. Los principios constitucionales como el de estricta legalidad, deben hacerse extensivos a esas medidas, como sucede en la legislación italiana. Anota Antolisei que "Según hemos tenido ocasión de destacar, nuestro legislador ha extendido a estas medidas el principio de estricta legalidad vigente para las penas, estableciendo en el artículo 199 del Código Penal que 'ninguno puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén previstas expresamente por la ley ni más allá de los casos previstos por la ley misma.' 63)

Es evidente lo importante que resulta que la ley diga clara y expresamente cuales son las penas y cuales son las medidas de seguridad. De las sanciones previstas en el artículo 24 -- del Código Penal, la doctrina se inclina por considerar como penas a la prisión y a la multa. 64) Para Abarca, las sanciones tales como el confinamiento, la suspensión o privación de derechos o la publicación especial de sentencia, pueden tener el carácter de penas pero en ellas predomina la idea de prevención especial. 65) El Maestro Carrancá y Trujillo dice que la prisión, la sanción pecuniaria y la publicación especial de sentencia acusan una naturaleza más evidente de pena. Las demás sanciones tienen el carácter de medidas de seguridad. 66)

Ante la indefinición legal actual, podría considerarse que, en estricto rigor, las medidas de seguridad son únicamente aquellas que se aplican a los inimputables. Todo tipo de sanción

aplicada a un imputable es una pena, independientemente que la medida tenga como finalidad la "prevención especial" (evitar que el delincuente vuelva a delinquir) y de que sea aflictiva en mayor o menor grado. Y es que esto de la aflicción es algo totalmente subjetivo. Para muchos individuos puede resultar más aflictivo una amonestación en público que la privación efectiva (pero no hecha pública) de la libertad por unos meses.

Por último, es de hacerse notar que de conformidad con los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, en la imposición de las sanciones el órgano jurisdiccional debe tener en consideración tanto la gravedad del delito, como la peligrosidad del delincuente, lo que significa que, sobre el particular, adopta un criterio ecléctico. Es decir, sigue -- los lineamientos de las dos doctrinas expuestas; lo que nos lleva a concluir que para el legislador penal de 1931 la pena es retribución y castigo y es medio de defensa social.

III. Clasificación de la pena

El artículo 24 del Código Penal establece que las penas y las medidas de seguridad son:

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. (Derogada).
8. Decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito.
9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Caucción de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Y las demás que fijan las leyes.

Ya hemos visto que las penas y las medidas de seguridad en una de las tres acepciones que hemos detectado, son especies del género sanción. Se advierte de inmediato que generalmente la doctrina hace referencia únicamente a la clasificación de la pena, y no considera a las medidas de seguridad. Sin embargo, parece que lo que sucede en este caso es que la doctrina toma como sinónimos a los dos términos, de tal suerte que en la clasificación de la pena incluye también a las medidas de seguridad. Así, por ejemplo, cuando Villalobos habla de penas complementarias, y de las penas contra la libertad, podrían incluirse entre estas algunas sanciones consideradas como medidas de seguridad. El mismo -- profesor reconoce que las penas "contra otros derechos" pueden tomarse como medidas de seguridad. Por otra parte, debe recordarse que la mayoría de los autores mexicanos, entre ellos Villalobos, es conteste en considerar como verdaderas penas únicamente a la prisión y la multa, lo que constituye una pauta importante para determinar que en la clasificación de la pena sí incluye a las -- medidas de seguridad. 67)

Villalobos clasifica las penas desde tres puntos de vista:

"a) Por su forma de aplicación o sus relaciones entre -- sí, pueden ser:

"Principales. Que son las que la ley señala para el delito y el juez debe imponer en su sentencia.

"Complementarias. Aquellas que, aunque señaladas también en la ley, su imposición puede tomarse como potestativa; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por --

su fin se consideran secundarias.

"Accesorias. Que son aquellas que, sin mandato expreso del juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal: como la interdicción para el ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión; imposibilidad para ejercer cargos como el albaeazgo, la tutela, etc.

"b) Por su fin preponderante pueden ser:

"Intimidatorias, que lo son todas las verdaderas penas, pero con exclusividad la multa y las prisiones de corta duración.

"Correctivas, carácter que debe suponerse también en toda pena, excepto en las que recurren a una eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de las que mantienen al sujeto privado de libertad y, por tanto, dan oportunidad para someterle a un régimen o tratamiento adecuado.

"Eliminatorias, que lo son temporalmente o en forma parcial como se ha dicho, todas las preventivas o restrictivas de la libertad; y perpetuamente la de muerte, las de prisión o relegación por todo el tiempo de la vida, y el destierro, donde las hay.

"c) Por el bien jurídico afectado, pueden ser:

"La pena capital, que priva la vida.

"Las penas corporales, que son aquellas que se aplican directamente sobre la persona: como azotes, marcas o mutilaciones.

"Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restric

tivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien privativas del mismo como la prisión.

"Pecunarias, que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.

"Contra otros derechos, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aún cuando éstas pueden tomarse más bien como medidas de seguridad." 68)

Carrancá y Trujillo, al hablar de la clasificación de la sanción, incluye tanto a las penas como a las medidas de seguridad. Si bien, en la página 687 de su obra el profesor se refiere a una clasificación de la sanción, en la que se pretende que este término sea entendido como sinónimo de pena únicamente, en la clasificación de las sanciones contenida en la página 692, el término comprende tanto la pena como la medida de seguridad. Pero aún en el primer caso, en que se clasifica a la sanción o pena, dejando aparte a las medidas de seguridad, sí comprende a estas en dicha clasificación. Tal sucede cuando nos habla de las sanciones "contra ciertos derechos", dentro de las que estarían incluidas la suspensión o privación de derechos y la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, mismas que son consideradas por el propio autor como medidas de seguridad.

En cuanto a la clasificación de las sanciones (entendida la palabra sanción como género que comprende las especies pena y medidas de seguridad) en principales y accesorias, el Maestro Carrancá no indica el criterio señalado para efectuar-

1a. 69)

Es de hacerse notar que con las reformas del año de -- 1982 se introdujo como sanción novedosa el tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, aplicable a los imputables. Tienen el carácter de medida sustitutiva de la pena de prisión. El tratamiento en libertad consiste en la aplicación de medidas laborales, educativas y curativas tendientes a la readaptación social del sentenciado. La semilibertad implica la alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales (artículo 27). El tratamiento en libertad y trabajo en favor de la comunidad tiene el carácter evidente de medidas de seguridad. La semilibertad es una combinación de pena y medida de seguridad.

NOTAS DEL CAPITULO PRIMERO

- 1) García Máynez, Eduardo. Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, p. 128.
- 2) Ibid, pp. 75 y ss.
- 3) Ibid, p. 89 .
- 4) Cfr. Infra la distinción entre los distintos tipos de deberes que se expone en el numeral dedicado a la estructura de la norma jurídica.
- 5) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal, t.II, p. 312 y ss.
- 6) Abarca, Ricardo. El derecho penal mexicano, p. 29 .
- 7) Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal, p. 16 .
- 8) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano, p. 17 .
- 9) Cfr. Recaséns Siches, Luis. Introducción al estudio del derecho; pp. 125 y 126; García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, pp. 169 y ss.

- 10) Ob. Cit., p. 119 .
- 11) Ibid, p. 244 .
- 12) Cfr. Carrancá y Rivas, Raúl. El drama penal, pp. 23 y ss.;- Jiménez de Asúa, Luis, Ob.cit., t. II, pp. 312 y ss.; Soler, Sebastián. Derecho penal argentino, t. I, pp. 121 y 348.
- 13) Ob. Cit., p. 126 .
- 14) Antolisei, Francesco. Manual de derecho penal, pp. 39 y 40.
- 15) Kelsen, Hans. Compendio de teoría general del Estado, pp. - 122 y 123; Teoría Pura del Derecho, p. 18.
- 16) Cfr, Recaséns Siches, Luis, Ob.Cit., p. 123 .
- 17) Kelsen, Teoría pura del derecho, pp. 29 a 39 .
- 18) Id., La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, pp. 56 y 57 .
- 19) Id., Teoría pura del derecho, pp. 67 y 68 ,
- 20) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, p. 204 .
- 21) Ob. Cit., pp. 123 y 124 .

- 22) Citado por Soler, Ob.Cit., t. I, p. 125.
- 23) Ob. Cit., p. 338 .
- 24) Ibid., p. 337.
- 25) Ob.Cit., p. 13 .
- 26) Ob. Cit., pp. 128, 129 y 130.
- 27) Kelsen, Ob. Cit., pp. 125 y 126.
- 28) Id.,: Teoría pura del derecho, pp. 15 a 18; Teoría pura -- del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, pp. 28 a 32.
- 29) Ob. Cit., pp. 423 y 424 .
- 30) Mezger, Edmundo. Tratado de derecho penal, t.I, p. 351
- 31) Citados por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de derecho penal mexicano, pp. 259 a 265.
- 32) Ob. Cit., p. 265.
- 33) Mezger, Ob. Cit., t.I, pp. 361 y ss.

- 34) Ob. Cit., p. 406.
- 35) Cfr., Jiménez de Asúa, Ob. Cit., t. VII, p. 107 y ss; Anto
lisei, Ob. Cit., p. 531, 561 y ss.
- 36) Cfr., Villalobos, Ob. Cit., p. 201 y ss.
- 37) Cfr., Jiménez de Asúa, Ob. Cit., pp. 107 y ss.
- 38) Ob. Cit., p. 121.
- 39) Cfr. La definición dogmática del delito en el segundo capítulo de este trabajo. Brugger afirma que: "Recibe el nombre de tautología un juicio cuyos sujeto y predicado son idénticos real y también conceptualmente. La tautología expresa la identidad necesaria y formal de sujeto y predicado. Por consiguiente, no es algo carente de significación. Toda tautología es un juicio analítico, pero no viceversa. En lógica denominanse tautológicas las leyes lógicas, es decir, aquellas combinaciones de enunciados que, con cualesquiera variables, dan siempre por resultado, en virtud de su mera forma, el valor de verdad 'verdadero'. - En sentido peyorativo es tautológico (=que dice lo mismo) el uso de términos diversos con el fin de aparentar un sentido distinto o una fundamentación." Brugger, Walter et al. Diccionario de Filosofía.

- 40) Ob. Cit., t. II, p. 33.
- 41) Abarca, Ricardo, Ob. Cit., pp. 85, 86 y 87.
- 42) Cfr.: Carrancá y Trujillo, Ob. Cit, pp. 153 a 155; Villalobos, Ob. Cit., pp. 32 a 34.
- 43) Cfr. : Abarca, Ob. Cit., pp. 87 y 88; Carrancá y Trujillo, Ob. Cit., pp. 156 y 157; Villalobos, Ob. Cit., pp.41 y 42.
- 44) Ob. Cit., p. 157.
- 45) Citado por Porte Petit, Ob. Cit., p. 40 .
- 46) Abarca, Ob. Cit., pp. 15 y 16.
- 47) Citado por Carrancá y Trujillo, Ob. Cit., p. 158.
- 48) Carrancá y Trujillo, Ob. Cit., p. 158; Villalobos, Ob. Cit., p. 42.
- 49) Ob. Cit., pp. 94 y 95.
- 50) Ob. Cit., pp. 160 a 162 .
- 51) Citado por Abarca, Ob. Cit., pp. 381 y 382 .

- 52) Ibid, p. 382 .
- 53) Ob. Cit., p. 686, subrayado nuestro.
- 54) Citado por Abarca, Ob. Cit., p. 385.
- 55) Ibid., p. 306 .
- 56) Ob. Cit., p. 521.
- 57) Ibid., p. 522 .
- 58) Ibid., pp. 523 a 525 .
- 59) Ibid., pp. 525 a 526 .
- 60) Cfr. Abarca, Ob. Cit., p. 395; Carrancá y Trujillo, Ob. -
Cit., p. 686 .
- 61) Carrancá y Trujillo, Ob. Cit., p. 688.
- 62) Ob. Cit., pp. 431 y 432 .
- 63) Ob. Cit., p. 562 .
- 64) Abarca, Ob. Cit., p. 397; Villalobos, Ob. Cit., p. 528 .

65) Abarca, Ob. Cit., p. 398.

66) Ob. Cit., pp. 690 y 691.

67) Ob. Cit., p. 548; Cfr. Antolisei, Ob. Cit., pp. 520 y 521.

68) Ob. Cit., pp. 526 y 527 .

69) Ob. Cit.

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO

I. Diferencias y elementos

1. Definición filosófica

Delito deriva del verbo latino delinquere que significa apartarse del buen camino; alejarse del sendero señalado por la ley. Las definiciones que del delito se han dado son de cuatro tipos: filosófico, jurídico, naturalista y sociológico. Entre los doctrinarios del derecho penal de la "Escuela Clásica" que, como ya sabemos precedieron a los de la "Escuela Positiva", encontramos definiciones de carácter filosófico y de tipo jurídico. Los positivistas serán quienes propongan las definiciones "naturalistas" y "sociológicas" del delito.

Desde un punto de vista filosófico el delito ha sido -- considerado como algo lesivo a la justicia; como la violación de un deber; como la violación de un derecho; lo que es opuesto a la voluntad de todos; quebrantamiento de los fines sociales y humanos; quebranto de la seguridad y como una lesión de la libertad.¹⁾

En opinión de Carrancá y Trujillo y de Castellanos Tenna, no es posible una noción filosófica del delito, independiente de tiempo y lugar, en razón de que éste tiene sus raíces hundidas en las realidades humanas, está ligado a las cambiantes necesidades de cada pueblo y de cada época y, por tanto, los hechos -- que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido, en tanto que otras acciones no delictuosas han sido erigidas como delitos. Lo más que podría decirse desde este punto de vista es que el delito consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden

jurídico; o bien, que es una acción punible ²⁾

Estamos de acuerdo en que el contenido de los tipos, es decir, las conductas que constituyen los delitos, varía con el tiempo y el espacio, pero no creemos que esto sea obstáculo para la formulación de una noción filosófica del delito válida. Consideramos que de la noción del deber jurídico expuesta en el Primer Capítulo de este trabajo puede derivarse una definición universal del delito como la que encontramos en la obra del Profesor Pavón Vasconcelos: "Violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal." ³⁾

2. El concepto de delito natural de los positivistas. La definición sociológica del delito.

Antes del nacimiento del positivismo criminal, al lado de las definiciones consideradas como filosóficas, encontramos entre los doctrinarios que fueron agrupados por los positivistas bajo un grupo al que denominaron los "clásicos", algunas definiciones de carácter jurídico que, en opinión de Jiménez de Asúa, constituyen el germen de las definiciones dogmáticas. Estos doctrinarios caracterizan al delito como quebrantamiento del derecho o de la ley; lo señalan como conducta contraria al derecho y algunos agregan la característica de estar conminada esa conducta con una sanción penal. Sobresale entre estas definiciones la propuesta por Carrara, para quien el delito es "...la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso." ⁴⁾

Frente al concepto jurídico de delito que proponen los "clásicos", van surgir las nociones "naturales" y "sociológicas" de los positivistas.

De la distinción romana entre Delicta mala in se (hechos intrínsecamente inmorales) y Delicta mala quia prohibita (hechos que sólo están prohibidos por la ley) toma Garófalo la distinción entre delito natural y delito legal. Pero antes que él, Feurbach, Mittermaier, Carrara y Carmignani ya habían hecho la distinción.

El delito natural o social, según Garófalo, es la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas a la colectividad. El delito legal o civil viene a ser, de acuerdo con la interpretación que hace Carrancá, toda acción que amenaza al Estado, que ataca al poder social sin un fin político, o que lesiona la tranquilidad pública, los derechos políticos, el culto, la moral pública o la legislación particular del país. 5)

Carrancá apunta que por influencia de la defensa social y de la teoría de la peligrosidad, se llega a la noción de delito Estado: "Un estado morbososocial que hiere, no un precepto, sino los sentimientos e intereses de la comunidad; es decir, un fenómeno natural, producto de factores endógenos y exógenos." 6)

Es precisamente otro de los llamados "Evangelistas", Ferri, el que objeta el concepto de delito natural que propone Garófalo. "Ferri concluye que el delito natural viola el mínimo de ética social, pero que este concepto no es suficiente para com---

prender también el delito civil, por lo que prefiere considerar el delito, como violación del mínimum de disciplina social expresado por la ley, de manera que puede ser un ilícito moral y un ilícito jurídico, pero basta que sea esto último, para que esté sancionado con una pena." 7)

El punto de partida de Garófalo en la elaboración de su concepto de delito natural es el siguiente: la palabra "ilícito" no es un tecnicismo, ni ha sido creada por el legislador, si no que existe en el lenguaje popular. Villalobos apunta que con este "desviado razonamiento" Garófalo no iba a investigar el fenómeno delito en sí, sino más bien la palabra "delito"; ni se --trataba de saber qué es el delito sino qué se quiere significar con ese nombre.

Agrega Villalobos: La conducta del hombre puede ser un hecho natural; pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas. -----
 "...la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc.; por tanto no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios, las referencias conforme a las cuales una conducta se ha de considerar delictuosa." 8)

El delito se realiza en la naturaleza, pero no es naturaleza, es un concepto a priori; una forma creada por la mente para agrupar y clasificar una categoría de actos. Con esto quie-

re decir el autor que el delito no es una representación fenoménica, sino una idea formal (criterio de valoración) con que se clasifica y separa un grupo de conductas; lo que aporta la mente es ese criterio de valoración.

De las críticas que Villalobos formula al concepto de "delito natural" de Garófalo, concluye que de haber una noción sociológica del delito, no sería inducida de la naturaleza, que tendiera a definir al delito como hecho natural; esa noción sociológica sería un concepto básico, anterior a los códigos, --- adoptado por el hombre para calificar las conductas y formar los catálogos legales. Hace hincapié el autor citado que en la definición de delito natural, en realidad se procura desarrollar el concepto de antijuridicidad, fijando su contenido material. 9)

En opinión de Carrancá, las nociones jurídicas del delito, tanto la formal como la substancial, que serán expuestas en el siguiente numeral, carecen de "verdadero contenido humano y social". Este contenido solamente lo podemos encontrar en el delito, si lo consideramos como un "fenómeno humano y social." --- Agrega que "A este respecto es la Escuela Positiva, con Garófalo, la que inició la construcción de la fecunda noción del delito al distinguir entre delito natural y legal y dejar el último como signo distintivo de la Escuela Clásica, si bien tal distinción ha sido criticada por cuanto se dice que es arbitraria e --- inútil para el Derecho Penal, ya que sólo explica una mínima parte de la criminalidad (Alimena); y además, porque la moralidad media representa un máximo respecto de la delincuencia, mientras que el Derecho Penal representa el mínimo ético considerado como

indispensable y suficiente para el mantenimiento del orden jurídico (Manzini). Ante la justificación de la crítica de distinción entre el delito natural y legal ha tenido que adoptar, en el positivismo criminal, nuevos puntos de vista. Puede hablarse de delitos naturales tocante a los universalmente existentes, y que están reconocidos por los Estados; pero por otra parte, debe admitirse que existen delitos que no ofenden la moralidad media sino los intereses (Maxwell) y en todo caso lo que se prohíbe conminatoriamente son aquellas acciones que ofenden normas de cultura -- que el Estado en un momento determinado cree su deber tutelar; -- normas no sólo de derecho sino también de moral, económicas, técnicas e incluso estéticas. Lo que el delincuente vulnera es la norma, la cual precede a la ley penal; ésta crea el delito, mientras la norma de cultura, concepto social, base de la convivencia humana, crea la acción antijurídica (Mayer, Binding). En el delito como creación de la ley penal hay siempre un elemento político; de igual modo que en la acción antijurídica hay un elemento normativo.

"A pesar de que modernamente la noción jurídica es la más explorada la sociológica va rejuveneciéndose cuando se trata de explorar qué es la antijuridicidad." 10)

3. Definiciones jurídicas: formal y substancial o dogmática.

De los diversos tipos de definiciones del delito hasta aquí expuestas, la definición jurídica del delito se opone a la concepción del mismo como un simple hecho natural, fruto de factores endógenos y exógenos. Ya vimos que el delito es conducta --

que efectivamente acaece en la naturaleza y de la cual puede predicarse que tiene determinadas causas. Pero esa conducta o hecho obtienen un significado jurídico, ser delito, a virtud de que una norma jurídica se refiere a ellos en su contenido. Kelsen nos dice: "Si se analiza cualquiera de los estados de cosas (Sachverhalte) tenidos por Derecho, como por ejemplo, una resolución parlamentaria, un acto administrativo, una sentencia judicial, un delito, pueden distinguirse dos elementos: uno de ellos es un acto sensorialmente perceptible, que tiene lugar en el tiempo y en el espacio, un suceso exterior, las más de las veces conducta humana; el otro es un sentido así como inmanente o adherente a ese acto o suceso, una significación específica. En una sala se reúnen hombres, pronuncian discursos, unos se levantan de sus asientos al paso que otros permanecen sentados; tal es el suceso exterior. Su sentido: que es votada una ley. Un hombre vestido de toga pronuncia desde un sitio determinadas palabras para otro que está de pie delante suyo; este suceso exterior importa una sentencia judicial. Un comerciante escribe una carta de contenido determinado a otro que le contesta con la suya; esto significa: han cerrado un contrato. Alguien causa la muerte de otro por medio de alguna acción; esto significa jurídicamente un asesinato." 11)

Podemos concluir que el delito presenta dos aspectos: uno de la naturaleza y otro jurídico. Del primero se ocupan ciencias causales explicativas como la criminología, que trata de encontrar las causas internas y externas del delito. Del aspecto jurídico se ocupa la ciencia del derecho penal, que tiene como objeto dar una definición desde un punto de vista estrictamente norma

tivo, haciendo abstracción de explicaciones causales. Trata de decirnos lo que es el delito desde un punto de vista jurídico, no desde un punto de vista de la naturaleza. En este propósito, un primer paso lo constituye la definición obtenida a la luz de la teoría general del derecho, pues pone muy en claro que la punibilidad constituye un elemento esencial del delito.

La definición jurídica es dividida en formal y substancial. Definición jurídico-formal es aquella que afirma que el delito es una conducta punible. Es la definición contenida en muchas de las leyes penales positivas, como la contemplada en el artículo 7 del Código Penal que dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Se considera que la definición formal no hace referencia al contenido del delito, que no penetra en la verdadera naturaleza del mismo, por lo que se propone una definición jurídico-substancial que comprenda todas las notas o elementos esenciales. Dependiendo del número de estos elementos, tenemos concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas y heptatómicas. Los elementos a considerar son los siguientes: conducta (acción u omisión); tipicidad; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad; condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad. A cada uno de estos elementos corresponde una causa de inexistencia del delito, que se sintetiza en la ausencia o falta del elemento de que trate y son las siguientes: ausencia de conducta; ausencia de tipicidad (llamada atipicidad); ausencia de imputabilidad (inimputabilidad); ausencia de culpabilidad (inculpabilidad); ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y ausencia de pu-

nibilidad (excusas absolutorias). Consideramos imprecisa la división de los elementos del delito en positivos y negativos. En su lugar proponemos se hable de elementos del delito y causas de -- inexistencia del mismo.

Para Porte Petit, la concepción dogmática del delito -- consiste en obtener de la parte general del Código Penal los elementos constitutivos del mismo. Al igual que Jiménez de Asúa, -- descubre en el delito los siete elementos enlistados. 12)

Pavón Vasconcelos opina que la dogmática es el único -- camino eficaz para encontrar y elaborar una verdadera teoría jurídica del delito. "Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos, por tanto, a un criterio pentatómico, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes: a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad." Excluye a la imputabilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad como elementos esenciales del delito. 13)

Para Castellanos Tena, los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. -- Se adhiere a quienes niegan carácter de elementos esenciales del delito a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad. La imputabilidad, dice, es un presupuesto de la culpabilidad. Basándose en los argumentos que expone Villalobos, afirma que la punibilidad es una consecuencia del delito. 14)

Carrancá y Trujillo nos dice que "El delito es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada o rechazada (sancionada). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que ésta amenace, es decir, se anuncie como la consecuencia misma, legalmente necesaria. La noción teórico-jurídica del delito puede, así, fijarse con estos elementos." Respecto a la noción jurídico substancial del delito, el citado profesor nos dice que "intrínsecamente el delito presenta -- las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas condiciones objetivas o sea que está conminada con la amenaza de una pena. Acción porque es acto u omisión humano; antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita; típica porque la ley ha de configurarse con el tipo de delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a una persona. La norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción; de donde deriva la consecuencia punible." 15)

En la doctrina extranjera, Mayer considera como elementos del delito únicamente a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la imputabilidad. Para Mezger, los elementos del delito son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Battaglini incluye entre estos elementos el hecho típico, la culpabilidad y la punibilidad. Antolisei señala por su parte que los elementos del delito son dos únicamente: el "hecho material" y la "voluntad culpable." 16)

Nuestra definición del delito como conducta antijurídica

ca y culpable implica que los elementos son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. La tipicidad y la punibilidad no son mencionadas en la definición - debido a que quedan incluidas en la antijuridicidad. La imputabilidad la consideramos como un presupuesto de la culpabilidad y -- las condiciones objetivas de punibilidad como requisitos de procedibilidad de la acción penal.

Villalobos sostiene que la concepción del delito como - un acto sancionado por la ley con una pena, es una noción vulgar que no constituye una definición, sino un error inveterado consiguiente con otro error que consiste en afirmar que la punibilidad es elemento del delito. El autor señala tres argumentos en contra de esta noción:

1) Hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y - no por ello pierden su carácter delictuoso. Al respecto, es de hacerse notar que cuando concurre una excusa absolutoria, simplemente el delito no se integra respecto a los sujetos a quienes aprovecha, por ausencia de la punibilidad. Con el criterio de Villalobos, tendríamos que considerar delincuentes a quienes practicarán un aborto a una mujer cuyo embarazo es producto de una violación, incluidos la misma mujer y el juez que ordenara la práctica de ese aborto. El aborto es un delito en cuanto que es una conducta punible. De conformidad con el artículo 329 del Código Penal la conducta consiste en dar muerte al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Por causas más que -- justificables, el artículo 333 del propio Código señala que no será punible el aborto cuando el embarazo sea resultado de una

violación. Aquí nos encontramos ante una excusa absolutoria que consiste en excluir de sanción, al concurrir una determinada circunstancia, a una conducta que en principio se encuentra sancionada por la ley penal. El propio Villalobos considera al caso -- que nos ocupa como un caso legal de excusa absolutoria. 17)

Las excusas absolutorias constituyen casos de conductas que el legislador consideró no punibles penalmente, debido a la concurrencia de determinadas circunstancias, pero que debido a que conductas semejantes se encuentran sancionadas por la ley, -- se requiere que en la misma se contemplen como excepciones expresas. Por ejemplo, en el Código vigente es innecesaria una disposición que diga: "No comete el delito de noctambulismo el que -- pasee con su cónyuge." Asimismo, si el aborto no estuviera tipificado como delito, resultaría innecesaria la disposición del artículo 333. Aquel precepto imaginario tendría una justificación para existir positivamente si en el Código Penal hubiera un artículo que dijera: "Comete el delito de noctambulismo quien camine, pasee o permanezca en la vía pública después de las cero -- horas. Al que cometa el delito de noctambulismo se le aplicará -- la siguiente sanción:...."

El legislador penal, por diversas razones, puede ex-- cluir a determinados individuos como sujetos del delito y, por -- tanto, éste existirá tipificado en una norma y podrán cometerlo o configurarlo con su conducta todos aquellos que no estén ex-- cluidos.

2) Dice Villalobos que abundan las infracciones adm-- nistrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras

faltas, las cuales se hallan sancionadas sin ser delitos. Al respecto, simplemente anotamos que el autor olvida que el delito requiere que la sanción esté prevista en una ley penal. Si la sanción esta prevista en la ley civil, nos encontramos ante un ilícito civil.

3) Finalmente, Villalobos argumenta que la definición que considera al delito como una acción punible, no señala elementos de lo definido (esenciales o descriptivos). En relación con este argumento, es de observarse que no apunta directamente en contra de la consideración de la punibilidad como elemento -- esencial del delito y por lo que se refiere a sus deficiencias, -- éstas se subsanan al completarse con la definición substancial -- que, además de otros elementos, incluye la conducta (acción u -- omisión) y la punibilidad.

Finalmente anota Villalobos que "...a propósito del delito nada impide pensar en un grado de cultura en que bastara señalar lo ilícito y lo prohibido, para ordenar la conducta de los ciudadanos por el solo mandato o la sola prohibición y sin necesidad de penas." ¹⁸⁾ Un orden semejante no podría ser considerado como jurídico. Sería simplemente un orden moral o religioso, pero no sería un orden jurídico.

Es posible, dice Villalobos, que sea suficiente con saber que el delito es la infracción de las leyes penales, pero, -- se pregunta: ¿Cuál será el criterio que debiera adoptar el legislador del primer Código penal? ¿Qué actos deberá declarar delictuosos? ¿Qué debe entender como delito el legislador del primer código penal? Ante esta necesidad doctrinal de formar una defi-

nición substancial, de contenido, comprensiva de los aspectos formal y material, se habla con frecuencia de formar otras definiciones del delito, diversas, se entiende, de la formal. Para dar respuestas a estas cuestiones, el autor se aboca a la elaboración de una definición del delito que el califica de "integral" y "jurídica"; la que finalmente, resultará ser, en parte, una noción sociológica.

Que la definición es jurídica significa que no debe incluir puntos de vista causales, criminológicos, filosóficos, etc., sino que debe limitarse al terreno jurídico. Integral implica -- que debe comprender lo material y lo formal del delito.

Nos dice que tratándose del delito, toda definición debe ser jurídica en mayor o menor grado y que se puede formar:

a) Desde un punto de vista sociológico, anterior e independiente a toda realidad legislada. Recordemos que para Villalobos solamente una noción sociológica del delito puede constituir un concepto básico, anterior a la legislación penal, que sirva -- para calificar las conductas y formar catálogos legales.

b) Otras definiciones jurídicas pueden elaborarse desde un punto de vista dogmático y particular, dando preminencia a --- cualquiera de los elementos del delito.

La base estructural de toda definición del delito, continúa exponiendo Villalobos, es la siguiente: actuación humana sobre la cual recaen los calificativos de antijuridicidad y culpabilidad.

Bohmer en el siglo XVIII señala que los elementos del delito son: acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.-

Beling amplía la definición a los siguientes elementos: acción típica, contraria a derecho, culpable, sancionada con pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de punibilidad.

Por último, se llegó a los siguientes elementos: acción u omisión, antijuridicidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y suficiencia a las condiciones objetivas de punibilidad.

Se inició una revisión de la concepción heptatómica -- hasta llegar a la fórmula de Mezger: el delito es el acto humano típicamente antijurídico y culpable. Villalobos se muestra de -- acuerdo con esta definición. Señala que la imputabilidad ("capacidad de obrar con responsabilidad"), es un presupuesto de la -- culpabilidad, por lo que queda incluida en este factor.

Podemos estar de acuerdo en que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Con lo que no estamos conformes, insistimos, es con la exclusión de la punibilidad como elemento del delito, en virtud de que con ello se deja sin efecto el aforismo que reza: "nullum crimen sine poena". Pretende Villalobos que una conducta puede ser antijurídica por el solo hecho de ser típica, aunque su realización no tenga prevista una sanción. Argumenta que los tipos son la descripción de los actos que se consideran delictuosos; tienen como función señalar aquellos actos injustos o antijurídicos que ameritan la sanción penal. Aquí podríamos decir que esos actos descritos en el tipo son injustos o antijurídicos precisamente porque están sancionados. Sin embargo, para Villalobos, como ya dijimos, lo antijurídico se determina -- por el solo hecho de la tipicidad.

Agrega: el delito es "oposición al orden jurídico" y - nada más: es oposición objetiva (antijuridicidad) y subjetiva -- (culpabilidad). La pena, en cambio, es "reacción de la sociedad"; es el medio de que se vale ésta para tratar de reprimir el delito. La pena es algo externo al delito. Concluye: "Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible."¹⁹⁾

Villalobos llega a la conclusión, con Mezger, de que - el delito es el "acto típicamente antijurídico y culpable", pero reconoce que esta definición está organizada desde el punto de - vista del derecho legislado. "Si se tratara de fijar la naturaleza jurídica del delito desde una referencia no dogmática, que -- sirviera de guía para el legislador lo mismo que para el intér- prete de la ley, habría que seguir reconociendo que no todo lo - antijurídico es delictuoso y que por tanto y pese a quienes atribuyen a esta afirmación un sentido que no tiene, se necesita una especial antijuridicidad para que el acto caiga en la esfera de lo criminal; especialidad que puede consistir sólo en su gravedad o en el peligro que significa determinado género de conduc- tas para la seguridad, el orden y el bien general en sí mismos, y no sólo para concretos intereses particulares." ²⁰⁾

Lo que pretende el autor en cita es una definición doc- trinal que lo mismo sirva al intérprete de un ordenamiento penal ya vigente, que al legislador de un primer ordenamiento. Tal vez esta definición doctrinal no precise incluir a la punibilidad co- mo nota esencial. Pero la dogmática sí debe incluirla. ²¹⁾

Analicemos con más detenimiento la afirmación de que - "un acto es punible porque es delito". Debemos distinguir dos mo- mentos en la comisión del delito: el primero se inicia con la -

conducta o hecho presuntamente delictuosos y termina con la sentencia condenatoria; el segundo momento es a partir de la sentencia que hace que el delito nazca jurídicamente y que nos permite afirmar que el sujeto "X" es autor del delito "Y". La afirmación de Villalobos parece referirse a ese segundo momento y así podemos decir que un acto (la conducta o hecho del sujeto "Y") es punible porque es delito. Pero no podemos referirlo al primer momento porque entonces estaríamos determinando a priori que el acto del sujeto "Y" es delito, lo que haría inútil el procedimiento penal. Aquí parece que se confunde la punibilidad con la pena concreta que debe aplicarse a una conducta concreta, que además de típica y culpable, no está amparada por alguna causa de justificación. La punibilidad prevista en la ley hace que una conducta típica y culpable sea delito. La pena es la consecuencia que debe aplicarse al autor de un delito, es decir, al autor de una conducta tipificada en la ley penal y conminada con una sanción en la misma ley.

Antes hemos dicho que la tipicidad puede implicar la antijuridicidad, pero de aquí no se puede seguir que ésta radica solamente en el hecho de la tipicidad, como afirma Villalobos. La antijuridicidad está implicada, además, en la punibilidad --- puesto que lo ilícito, lo antijurídico, radica en la conducta -- prevista por el orden jurídico como condición del acto coactivo. La antijuridicidad le viene a una conducta del hecho de que es convertida por el legislador en condición de un acto coactivo. Solamente aceptando la utopía, que comparte Villalobos, de un orden jurídico sin coacción es posible separar la antijuridicidad

de la punibilidad.

Nosotros consideramos que la punibilidad, junto con la tipicidad, engendra la antijuridicidad. Villalobos sostiene que la antijuridicidad y la culpabilidad engendran la punibilidad. La punibilidad dice, va implícita en estas como su consecuencia, por ello se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una tautología.

Somos de la opinión de que para nada serviría un concepto que declarara: "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro" y no señalara ninguna sanción para el caso de que se cometiera ese delito. Al no contemplarse el acto coactivo, no podría entenderse que el homicidio es prohibido por el orden jurídico (Antes hemos dicho que el orden jurídico prohíbe una conducta cuando enlaza a su realización un acto coactivo; véase el Capítulo Primero, numerales; 4 y 5 del Apartado I). En el caso de que el Código Penal siguiera el sistema de establecer mandatos y prohibiciones respectivamente, tendría que decir: se prohíbe cometer homicidios. Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro. Y no se contemplaría sanción alguna para el caso de que se cometieran homicidios. Consideraciones aparte en torno a la eficacia de ese orden utópico, es incuestionable que respecto de él sí podría decirse que en la definición de delito (podría llamarse también pecado, o tener cualquier denominación ese ilícito penal) la nota de punibilidad no es esencial. Pero en un orden jurídico como el vigente, cuyas normas tienen una estructura en la que el acto coactivo es determinante, tenemos que concluir que en la definición del ilícito penal (llamado

delito) la nota de punibilidad sí es esencial.

Jiménez de Asúa señala a Max Ernst Mayer como el "legítimo opositor" a la tesis que considera la punibilidad como elemento del delito y el que con más fundamentos sostuvo la índole consecuencial de la misma. Este autor critica las definiciones de Liszt y la que Beling propuso en la primera edición de su obra, diciendo que la fórmula es "pleonástica", ya que la punibilidad está "embebida" en la "imputación". Para Mayer, anota Jiménez de Asúa, la culpabilidad está contenida en la imputación, lo que explica que en apoyo de su tesis, diga que "si falta, por ejemplo, la amenaza penal para la comisión culpable, sencillamente la acción no es imputable." 22)

La definición que propone Liszt es la siguiente: "El delito es el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena". La primera definición de Beling es "Acción punible (hecho penal, delito, delito en sentido amplio), es la acción antijurídica y culpable, conminada con pena." 23)

La "definición formal" de delito que sostiene Mayer es como sigue: "el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable." La "definición real" que propone dice así; "delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado." 24)

En una definición de delito posterior a la antes expuesta, Beling nos dice: "Acción punible ('delito en sentido amplio') es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta por una causa material de exclu--

sión de penalidad." 25)

La influencia de Mayer hizo que Beling y Mezger prescindieran de la "amenaza de la pena" en la definición del delito; pero, según lo demuestra Jiménez de Asúa, éste último volvió a incluirla, si bien esta apreciación es discutida por diversos autores españoles. 26)

A nuestro entender, queda claro que Mayer lo que discute es la inclusión de la punibilidad en la definición del delito, pero eso no implica que no sea elemento del mismo.

Lo mismo que Mayer, alega Mezger, para quien el "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable" y a continuación aclara que rechaza la característica "sancionada con una pena", "...pues supone repetir de modo inadmisibile en la definición el propio definido (tautología)." 27)

Insistimos; una cosa es que la referencia a la punibilidad no deba incluirse en la definición del delito; ya sea porque esté contenida en el definido (Mezger) o esté implícita en alguna parte de la definición (Mayer), y otra cosa muy diferente es que la punibilidad no sea elemento del delito. Nosotros hemos propuesto una definición semejante a la de Mayer en cuanto a que no se menciona expresamente la punibilidad, pero se entiende incluida en una parte de la definición: el delito es una conducta antijurídica y culpable. En esta definición, según explicamos en el primer capítulo, la antijuridicidad comprende la tipicidad y la punibilidad.

Ya sea que la nota de punibilidad esté contenida en lo definido (como quiere Mezger), ya sea que esté contenida en algu

na parte de la definición (como propone Mayer y como resulta de la definición que nosotros proponemos), lo que importa es que finalmente se acepta que la punibilidad es elemento del delito. - Por tanto, resulta una falacia concluir que la punibilidad no es elemento del delito en virtud de que esa nota está o debe ser excluida de la definición del mismo.

Es de hacerse notar que la tautología únicamente se da en las definiciones que proponen algunos autores alemanes. Para ilustrar, además de las definiciones de Beling antes transcritas, veamos esta otra de Josef Kimmel: "acciones punibles, (son) todas las acciones u omisiones que el estado conmina con pena a causa de sus efectos dañosos para la sociedad." 28)

El profesor Jiménez de Asúa explica que quienes sostienen que la punibilidad es una simple consecuencia del delito confunden la "penalidad" con la "pena". Lo que es consecuencia del delito es la pena; la penalidad es elemento del mismo. Dicho de otra forma, una cosa es la "sanción penal concreta" (que se impone como consecuencia de una conducta concreta tipificada como delito) y otra cosa diferente es la "punibilidad en abstracto", -- que es condición para que una determinada conducta tipificada en la ley penal pueda ser considerada como delito. Afirma Jiménez de Asúa: "Quienes se oponen a que esa penalidad o penalización de las acciones u omisiones típicamente antijurídicas y culpables sea una característica del delito, y la reducen a mera consecuencia, olvidan que lo que puede llamarse consecuencia es la pena concreta señalada a cada delito por la ley e individualizada, en cada caso, por el Juez; pero no la penalidad o penaliza--

ción incluida en el concepto del delito. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España viene en nuestro auxilio: sólo si el hecho procesal tiene sanción penal en la ley, -- reuniendo todos los restantes caracteres o condiciones que el Código exige, se puede calificar de delito (Sentencia de 30 de octubre de 1878); ninguna pretendida figura delictiva puede tener vida jurídica si no aparece penalmente sancionada en la ley (Sentencia de 29 de enero y 18 de febrero de 1932)." 29)

Finalmente, el antiguo catedrático de la Universidad de Madrid nos invita a meditar sobre este ejemplo tomado del derecho español: "A principios de siglo dióse en España la llamada 'ley Azcárate' -por haber sido éste, como diputado, quien la patrocinó en el Congreso-, según la cual se anulaban los contratos usuarios al prestamista. La usura era un injusto, un acto antijurídico, con su correspondiente sanción civil, gravísima para el usurero, que perdía su ilícita ganancia en el préstamo. Vino la República y en el Código penal de 1932 configuramos el delito de usura. El injusto usurario se elevó a delito y la sanción civil se convirtió en pena. Antes de ello no cabe duda que la usura -- era injusto culpable y por muchas vueltas que le dé Rosal, el hecho se hizo delito al tipificarse la acción y ser penalmente --- conminada." 30)

4. Definiciones de los Códigos Mexicanos.

El Código Penal de 1871 señala que el "Delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda". En el proyecto de reformas

a ese ordenamiento se lee que "Son delitos las infracciones previstas en el libro tercero de este código y las demás designadas por la ley bajo esta denominación."

En el Código Penal de 1929 desaparece la noción de infracción de la ley, quedando la definición del delito como sigue: "Delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal". Esta tendencia se reafirma en el Código de 1931: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

De la definición de 1871 dice Abarca que no es una definición pragmática, hecha para su aplicación estricta; sino --- que, al igual que la definición de 1929, es una definición doctrinal que presenta como características esenciales del delito a la acción y omisión, la voluntariedad y la antijuridicidad. Se dice, agrega el autor citado, que la definición legal debe tener por objeto facilitar la aplicación de los preceptos de la ley. La definición de 1931 responde a este objeto: ser una norma práctica de la vida social. 31)

Carrancá opina que la definición que propone el Código Penal de 1871 es "substancialmente idéntica" a la de "acciones u omisiones penadas por la ley" contenida en el Código Español de 1870. De las dos definiciones, dice, la más perfecta es la segunda, pues el delito no viola la ley penal; al contrario, hace posible su aplicación.

Agrega Carrancá que el Código de 1931 vuelve al de --- 1871 y toma como ejemplo el Código de Argentina. Esta definición formalista es suficiente a los "fines prácticos y objetivos de -

la ley penal". Señala que Ceniceros y Garrido explican que el acto u omisión es el elemento objetivo por medio del cual se manifiesta la voluntad. Es decir, al hablarse de acción (acto y omisión) debe entenderse la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho exigido por la ley. Lo anterior hizo que la Comisión Revisora suprimiera de la definición la calificativa de voluntariedad. 32)

Para Villalobos, la definición de delito que propone el Código de 1871, es una definición jurídica completa "equivalente a la que se maneja hasta la fecha" por los tratadistas franceses y alemanes. De ella deriva los siguientes elementos:

a) Una conducta humana que consiste en una acción o una omisión, que por ser antijurídicas, se caracterizan como una infracción.

b) Antijuridicidad, entendida como oposición objetiva al derecho al cometerse una infracción a la ley penal.

c) Culpabilidad: oposición subjetiva al derecho, manifestada en la voluntariedad de la infracción a la ley penal.

De tal definición no puede derivarse a la punibilidad como elemento del delito. Tal vez sea una de las razones por las cuales Villalobos la considera perfecta, lo que al propio tiempo explica las críticas que formula a la de 1931, que sí contempla a la punibilidad como elemento del delito.

A los autores del Código de 1931, dice, repugnó volver a la definición "Clásica" de 1871 porque la idea de "infracción de la ley penal" era característica del pensamiento de Carrara. Por otra parte, Binding había imbuido la idea de que el delito -

no infringe la ley sino que, por el contrario, hace posible su aplicación. Por estas dos razones, se volvió "más atrás aún" y se definió al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. La concepción positivista de la defensa social, hizo que se amputara de la definición la exigencia de "voluntariedad", que, en una demostración de eclecticismo, se trasladó al artículo 8.

En pocas palabras, según Villalobos, en la definición de 1931 se abandona toda referencia a la antijuridicidad y a la voluntariedad, que constituyen la "naturaleza intrínseca del delito". 33)

¿De las definiciones de 1871 y de 1931, cuál es la más acertada desde nuestro punto de vista?

Si consideramos que el ilícito (civil o penal) es la conducta prevista en el orden jurídico como condición de un acto coactivo, podemos concluir que el delito (ilícito penal) es la conducta (acto u omisión) que sancionan las leyes penales. Ahora bien, aceptar esta definición no implica aceptar que con el delito no se viola la ley penal. Ya hemos dicho que el precepto jurídico prohíbe o manda determinada acción u omisión cuando enlaza una sanción a su realización. La referencia a la antijuridicidad, en la definición de 1931, está implícita, por cuanto a que la antijuridicidad consiste en el hacer o no hacer previsto por la norma como condición del acto coactivo (sanción). Al parecer le asistía la razón a Villalobos en cuanto a que en dicha definición no se contiene el elemento culpabilidad. Sin embargo, veamos lo que dicen José Angel Ceniceros y Luis Garrido en un párra

fo correspondiente a la obra denominada La Ley penal mexicana -- (p.39), que el maestro Villalobos cita en forma incompleta en la p. 205 de su obra: "En dicha definición encontramos que el primer elemento es el 'acto u omisión' o sea el elemento objetivo - que se manifiesta por medio de la voluntad, ya violando una prohibición penal, o ya absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley, pues una simple intención criminal no puede penarse. El siguiente elemento es que el acto u omisión los sancionen las leyes penales y por lo mismo no puede haber delito si no hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal. Los elementos apuntados, nos demuestran que los autores del Código no pudieron encontrar una fórmula que proyectara la verdadera naturaleza del delito, pero no es de censurarse el que no la hayan encontrado, porque todas las Escuelas penales han pretendido definir el delito sin lograr hacerlo satisfactoriamente, no obstante que el Código se inspira en la idea de que la culpabilidad es la base de una infracción de carácter penal, o en otros términos, la voluntad de cometer un hecho ilícito." 34)

Por su parte, Jiménez Huerta sostiene que "El artículo 7o. del Código Penal de 1931 expresa que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; pero el concepto no queda integrado únicamente con estas palabras. De ser así, sería también innecesario el elemento de la culpabilidad, pues el mismo no se menciona en dicho artículo. Sin embargo, en la definición del artículo 7o. hállase insito dicho elemento, por ser uno de los conceptuales del delito. Idénticamente acontece en orden a la antijuridicidad del acto u omisión que sancionan las leyes pe

nales. El carácter antijurídico de dicho acto u omisión está insito en la fórmula sintética de la ley, por ser igualmente, un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado de contrario al Derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues -- falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual. Las formas de expresión de la ley no agotan la idea conceptual del delito. Fuera de la ley, por perfecta que sea su redacción, quedan pensamientos y esencias rectoras que norman el concepto del delito; pensamientos y esencias que han de jugar papel importantísimo a través de la función creadora y de la interpretación." 35)

El propio Villalobos nos dice que el término acto no se refiere a las funciones biológicas ni a los movimientos reflejos -que se realizan inconsciente e involuntariamente- sino a un actuar voluntario: "Todo acto humano, es esencialmente, una manifestación de voluntad." 36)

En nuestra opinión, resulta ocioso dudar que el legislador penal se refiere a una acción u omisión culpables en su definición de delito.

En consecuencia, consideramos que de la definición que propone el artículo 7o. del Código vigente, se derivan los siguientes elementos del delito:

a) Conducta, consistente en una acción u omisión contrarios al deber jurídico.

b) Tipicidad: adecuación de conductas concretas a la descripción de las acciones u omisiones contenidas en la ley.

c) Antijuridicidad, oposición de la acción u omisión punibles a lo que la ley penal manda o prohíbe, sin que medie una causa de justificación.

d) Culpabilidad, que se encuentra implícita en el elemento objetivo del delito (conducta) y que consiste en la voluntad.

e) Punibilidad, consistente en la sanción que contemplan las leyes penales para el acto u omisión típicos.

Estos elementos son sintetizados en la siguiente definición dogmática del delito: conducta antijurídica y culpable.

Somos de la opinión de que si la actual definición legal del delito, tal vez, no es necesaria, tampoco estorba. 37)

II. Clasificación de los delitos

De las diversas clasificaciones del delito, la que nos interesa en este trabajo es la que lo divide en delito instantáneo, permanente o continuo y continuado; que es la clasificación incorporada al artículo 7 del Código Penal con las reformas del año de 1984. A primera vista parece que la definición del delito continuado no debió incluirse en tal precepto, sino en el artículo 19, que establece la inexistencia del concurso de delitos --- cuando las conductas configuran un delito de esa naturaleza. Por te Petit no incluye a este delito en la clasificación en la que se comprende a los delitos instantáneo y continuo o permanente y reserva su estudio para la parte en la que trata sobre el concurso de delitos. Este criterio nos parece acertado si consideramos que del delito continuado se ha dicho que constituye un concurso real de delitos que por ficción se convierte en uno solo. Además, la definición de los delitos instantáneo y continuo gira en torno al momento de la consumación del delito; en cambio, la definición del concurso de delitos y del delito continuado tiene como eje la unidad o pluralidad de conductas o hechos y de bienes lesionados.

Sin embargo, para Villalobos el delito continuado, -- junto con el permanente, constituye una especie del delito continuo. Castellanos tomando como criterio clasificatorio la duración del delito, ubica al lado de los delitos instantáneo y permanente, al delito continuado. El primero de los autores citados no hace mención del delito continuado en la parte correspondiente al estudio del concurso de delitos; en cambio Castellanos sí

lo hace. En el numeral dedicado a dar las ideas generales sobre el tema nos dice: "A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; -- finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico." 38)

Veamos las clasificaciones que proponen los autores citados.

Ignacio
Villalobos 39)

1. Clasificación general

- a) delitos comunes
- b) delitos militares
- c) delitos políticos
- d) delitos sociales
- e) delitos oficiales

2. Clasificación en atención al acto o conjunto de actos que constituyen al delito

- a) delitos de lesión y delitos de peligro
- b) delitos de resultado y delitos de mera actividad
- c) delitos simples y delitos complejos
- d) delitos instantáneos y delitos continuos
 - delito continuado
 - delito permanente
- e) delitos de acción, delitos de omisión y delitos de comisión por omisión.

Fernando
Castellanos
Tena 40)

1. En función de la gravedad { a) crímenes
b) delitos
c) faltas
2. Según la forma de conducta del agente { a) delitos de acción
b) delitos de omisión { i) simple omisión
ii) comisión por omisión
3. Por el resultado { a) delitos formales o de -- simple actividad o de -- acción
b) delitos materiales o de resultado
4. Por el daño que causan { a) delitos de lesión
b) delitos de peligro
5. Por su duración { a) delitos instantáneos
b) delitos instantáneos con efectos permanentes
c) continuados
d) permanentes
6. Por el elemento interno o culpabilidad { a) delitos dolosos
b) delitos culposos
7. En función de su estructura o composición { a) delitos simples
b) delitos complejos
8. Por el número de actos integrantes de la acción { a) delitos unisubsistentes
b) delitos plurisubsistentes
9. Atendiendo a la unidad o pluralidad de sujetos activos { a) delito unisubjetivo
b) delito plurisubjetivo
10. Por la forma de su persecución { a) delitos privados o de querrela necesaria
b) delitos perseguibles de oficio
11. En función de la materia { a) delitos comunes
b) delitos federales
c) delitos oficiales
d) delitos militares
e) delitos políticos

1. Clasificación del delito en orden a la -- conducta.

- a) Delitos de acción
- b) Delitos de omisión
 - i) Omisión simple o propia
 - ii) Omisión impropia (delito de comisión por omisión)
- c) Delitos de omisión mediante acción
- d) Delitos de doble conducta
 - I) acción y omisión
 - II) doble acción
 - III) acción y doble omisión
- e) Delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento.
- f) Delitos de omisión de resultado
- g) Delitos doblemente omisivos
- h) Delitos unisubsistentes y pluri-subsistentes.
- i) Delito habitual o delito de conducta plural.

2. Clasificación del delito en orden al re-- resultado.

- a) delito instantáneo
- b) delito instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio.
- c) delito permanente
- d) delito necesariamente permanente
- e) delito eventualmente permanente
- f) delito alternativamente permanente
- g) delito de simple conducta o formal y de resultado o material
- h) delito de daño y de peligro

Porte
Petit 41)

En los delitos de sujeto común o indiferente, el sujeto activo puede ser cualquiera. En los delitos propios, especiales o exclusivos, el tipo exige del sujeto activo una determinada calidad, tal como el parentesco consanguíneo con el sujeto pasivo en los delitos de parricidio o infanticidio. Delito monosubjetivo es el que puede ser realizado por uno o más sujetos. El delito plurisubjetivo, colectivo o de concurso necesario, requiere la intervención de dos o más personas, como el de asociación delictuosa. Delitos ocasionales son los que cometen excepcionalmente sujetos de personalidad normal y equilibrada. Los delitos de hábito son los cometidos reiteradamente. El delito es personal cuando el tipo exige determinada calidad en el sujeto pasivo, -- ejm: la minoría de edad y la castidad y honestidad en el delito de estupro; es impersonal el delito cuando no se exige ninguna calidad al sujeto pasivo, como en el delito de homicidio.

La clasificación de los delitos en orden a la conducta que propone Porte Petit atiende a la actividad o inactividad del agente, independientemente del resultado material que pueda darse. El delito de acción se comete haciendo lo que la ley prohíbe. El delito de omisión consiste en la no ejecución de lo que la ley ordena. Los delitos de omisión violan una norma dispositiva; los de acción infringen una norma prohibitiva. Para el delito de simple omisión o de omisión propia, es indiferente el resultado material que pueda causarse, lo que importa es el resultado típico y lo que se sanciona es la omisión misma. En el delito de omisión impropia o de comisión por omisión lo que existe es un resultado típico material, producto de una omisión, y la -

violación de una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva. Es decir, se produce un resultado material como consecuencia de la inejecución de una acción señalada como obligatoria por la ley. Consideramos que es más apropiada la terminología que propone Porte Petit: "Delitos de resultado material por omisión." 42)

El delito sin conducta, de sospecha o de posición consiste en una simple situación bajo la cual se coloca el sujeto, como sucede en la vagancia y la malvivencia. Aparentemente en estos delitos no hay acción ni omisión, sino simplemente un "estado individual"; por esta razón Porte Petit no acepta esta clasificación, puesto que no puede haber delito sin conducta. Consideramos que una cosa es la terminología inadecuada y otra cosa es la existencia o inexistencia del objeto designado erróneamente. La vagancia y la malvivencia son delitos tipificados en los artículos 255 y 256 del Código Penal, que contemplan, evidentemente, acciones y omisiones y que, en nuestra opinión, son designados erróneamente "delitos sin conducta", debiendo ser designados únicamente, "delitos de sospecha o de posición". Hacemos notar que uno de esos preceptos emplea el término "sospechar". El delito unisubsistente es el que se consuma con un solo acto y plurisubsistente cuando se consuma con varios actos. No existe acuerdo en la doctrina para determinar a los delitos plurisubsistentes: para algunos, entre ellos Castellanos Tena, estamos ante el delito plurisubsistente únicamente cuando el tipo exige una pluralidad de conductas para que se integre el delito; para otros, estamos ante un delito plurisubsistente cuando se consuma con --

"varios actos", de donde resulta que algunos delitos, como el homicidio, pueden ser unisubsistentes o plurisubsistentes, según que se realicen con uno o más actos. Nos adherimos a la opinión del profesor Castellanos Tena, teniendo presente la distinción que Porte Petit, siguiendo a Pannain hace entre "acto" y "acción": los actos son segmentos y partes de la acción; por tanto, una acción puede constar de un solo acto o de más de uno. La privación de la vida puede realizarse con un solo disparo o un puntapié, un golpe con un objeto contundente y además una lesión con un objeto punzocortante. Sin embargo, en ambos casos hay una sola acción. El delito complejo se forma con la fusión de dos o más figuras delictivas, dando lugar al nacimiento de una figura delictiva nueva, como sucede con el robo cometido en una casa-habitación, que es un tipo cualificado que subsume el robo simple y el allanamiento de morada. En el delito simple, en cambio, hay una sola lesión jurídica. Castellanos Tena sintetiza así la diferencia entre el delito plurisubjetivo y el delito complejo: "El delito plurisubjetivo es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de los hechos en sí mismos delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas." ⁴³⁾ Delito habitual, dice Porte Petit, es aquel en el que el elemento material está formado de acciones repetidas de la misma especie, las cuales no constituyen delito por sí mismas y señala como ejemplo los delitos de lenocinio y de juegos prohibidos previstos en los artículos 207, fracción I, y 258, fracción III del Código Penal. El se

gundo de los preceptos hace referencia a los gerentes o administradores de casinos o sociedades donde habitualmente se practican esos juegos. Este ejemplo es correcto, pero no así el contenido en el artículo 207, fracción I, en virtud de que el delito de homicidio se integra si habitual o accidentalmente se explota el cuerpo de otra persona por medio del comercio carnal.

La definición de los delitos de omisión mediante acción, de doble conducta, de omisión de resultado y los doblemente omisivos, no reportan mayor utilidad, por lo que nos limitamos a remitir a la obra del maestro Porte Petit. ⁴⁴⁾

Los delitos de simple conducta o formales son aquellos que se consuman con la realización de la conducta. El tipo no requiere de un resultado material (falso testimonio). Los delitos materiales o de resultado, por el contrario, sí requieren de un cambio en el mundo exterior (homicidio). Los delitos de daño o de lesión causan un daño directo en los bienes jurídicos tutelados (homicidio). Los delitos de peligro únicamente ponen en peligro esos bienes (abandono de personas, omisión de auxilio).

El delito por antonomasia, como dice Villalobos, es el delito común, frente al cual encontramos los delitos federales, los oficiales, los militares y los políticos, que poseen ciertas características, tales como la limitación de los individuos que pueden ser sujetos activos, en tanto que deben reunir cierta calidad, lo que les da cierta especialidad. Vistos estos delitos desde un punto de vista de la jurisdicción, se obtiene una clasificación tripartita: delitos del orden común, delitos del orden federal y delitos del fuero militar. De los primeros conocen los órga

nos jurisdiccionales locales en instancia ordinaria (juzgados de paz y de primera instancia y los Tribunales Superior de Justicia de los Estados y del Distrito Federal); de los segundos, también en instancia ordinaria, toman conocimiento los órganos federales (Juzgados de Distrito en Materia Penal y Tribunales Unitarios - de Circuito en Materia de apelación); de los delitos militares conocen los tribunales de justicia militar. Con las reformas del año de 1982 al Título Cuarto de la Constitución General y la promulgación de una nueva Ley Federal de Responsabilidades de los - Servidores Públicos, los delitos oficiales desaparecieron y en - su lugar quedaron los "delitos cometidos por servidores públi- - cos", previstos en el Título Décimo del Segundo Libro del Código Penal. Estos delitos son de la competencia de los Tribunales lo- cales y de los Federales. Son delitos políticos los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometer esos delitos - (artículo 144, Código Penal); pueden ser de la competencia de -- los Tribunales locales y de los federales. El artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación enumera los de- litos que tienen carácter Federal:

"a) Los previstos en las leyes federales y en los Tra- tados;

"b) Los señalados en los artículos 2° a 5° del Códig- go Penal.

"c) Los oficiales o comunes cometidos en el extranjero - por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;

"d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extran

geras;

"e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;

"f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

"g) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

"h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;

"i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;

"j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;

"k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo de participación estatal del Gobierno Federal".

Los delitos instantáneo, continuo o permanente y continuado, serán materia del siguiente Capítulo.

NOTAS DEL CAPITULO SEGUNDO

- 1) Cfr. Jiménez de Asúa, Ob. Cit., t. III, p. 31 y ss.
- 2) Carrancá y Trujillo, Ob. Cit., p. 220; Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, p. 125.
- 3) Ob. Cit., p. 159. El Código Penal de Neuchâtel contiene esta definición: "El delito es una violación de los deberes impuestos por la ley, en interés del orden social"; Cfr. Jiménez de Asúa, Ob. Cit., t. III, p. 78.
- 4) Carrara, Francesco. Programa de derecho criminal, t. I; -- p. 43.
- 5) Cfr. Abarca, Ob. Cit., pp. 121 y 122; Carrancá y Trujillo, Ob. Cit., p. 221; Villalobos, Ob. Cit., p. 205 y ss.
- 6) Ob. Cit., pp. 221 y 222.
- 7) Citado por Abarca, Ob. Cit., p. 122.
- 8) Ob. Cit., p. 206.
- 9) Ibid., p. 208.
- 10) Ob. Cit., p. 224.

- 11) Kelsen, La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, p. 27.
- 12) Jiménez de Asúa, Ob. Cit., t. III, pp. 63 y 64; Porte Petit, Ob. Cit., pp. 246, 247 y 248.
- 13) Ob. Cit., p. 161.
- 14) Ob. Cit., pp. 131 y 132.
- 15) Ob. Cit., pp. 222 y 223.
- 16) Antolisei, Ob. Cit., p. 157; Cfr. Jiménez de Asúa, Ob. -- Cit., pp. 53 y ss.
- 17) Ob. Cit., pp. 434 y 435.
- 18) Ibid., p. 202, subrayado nuestro.
- 19) Ibid., p. 212 y ss.
- 20) Ibid., p. 211.
- 21) Ibid., p. 211.
- 22) Ob. Cit., t. VII, p. 122.
- 23) Ibid., t. III, pp. 39 y ss.

- 24) Ibid., t. III, p. 57.
- 25) Ibid., t. III, p. 56.
- 26) Ibid., t. VII, pp. 112 y 113.
- 27) Ob. Cit., t. I, p. 162.
- 28) Citado por Jiménez de Asúa, Ob. Cit., t. VII, p. 115.
- 29) Ob. Cit., t. VII, pp. 108 y 136.
- 30) Ibid., t. VII, p. 132.
- 31) Ob. Cit., p. 126.
- 32) Ob. Cit., p. 224 y 225.
- 33) Ob. Cit., pp. 202 y ss.
- 34) Cfr., Porte Petit, Ob. Cit., p. 248, subrayado nuestro.
- 35) Citado por Porte Petit, Ob. Cit., pp. 247 y 248.
- 36) Ob. Cit., p. 232. Respecto a los elementos que se extraen de la definición legal de delito contenida en distintos ordenamientos, Cfr., Jiménez de Asúa, Ob. Cit., t. III, pp. 82 y ss.

- 37) Cfr. Porte Petit, Ob. Cit., pp. 245 y 246; Jiménez de Asúa, Ob. Cit., t. III, pp. 76 y 77.
- 38) Castellanos, Ob. Cit., p. 295.
- 39) Ob. Cit., pp. 223 y 240 y ss.
- 40) Ob. Cit., pp. 135 y ss.
- 41) Ob. Cit., pp. 371 y 379 y ss.
- 42) Ibid., p. 311.
- 43) Ob. Cit., p. 142.
- 44) Ob. Cit., pp. 379 y ss.

CAPITULO TERCERO

LOS DELITOS INSTANTANEO, CONTINUO O PERMANENTE Y CONTINUADO

I. Los delitos instantáneo y continuo o permanente

1. Derecho positivo

El delito permanente es llamado también "continuo", - "sucesivo" o "de duración". Algunos doctrinarios, como Juan P. Ramos, prefieren usar el término "permanente", por la confusión que puede darse entre delito continuo y continuado. Para Jiménez Huerta, el término "continuo" forma parte de una terminología superada, mientras que Roux considera que éste es el término apropiado. En las leyes positivas y en los proyectos que citamos a continuación se emplea únicamente la expresión "permanente", mientras que en el Código Penal del Distrito Federal re formado en el año de 1984 se emplea el término "delito permanente o continuo". Nosotros usaremos, indistintamente, por razones prácticas, cualquiera de los términos propuestos por la ley. 1)

Antes de las reformas mencionadas, el artículo 19 del citado código decía: "No hay acumulación cuando los hechos constituyen un delito continuo o cuando en un solo acto se violen varias disposiciones penales. Se considera, para los efectos legales, delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituye." El delito instantáneo no era definido.

Los delitos de referencia no son definidos - -

en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal del año de 1949. El Anteproyecto del mismo ordenamiento del año de 1958 dice en su Exposición de Motivos: "Con el objeto de dar solución a los problemas que se presentan con relación a la aplicación de las leyes penales en el tiempo y en el espacio, el artículo 10 define los delitos instantáneos, permanentes y continuados...." El citado precepto dice: "El delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos. El delito es permanente cuando la consumación se prolonga por más o menos tiempo.. ." Las mismas definiciones están contenidas en el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

Por lo que se refiere a las legislaciones penales de las entidades federativas, la mayoría de los códigos repite la definición de delito continuo que daba el artículo 19 del Código del Distrito Federal y al igual que éste, no incluyen la definición de delito instantáneo. Serán algunos ordenamientos penales positivos relativamente recientes, como el Código Penal de Michoacán (1962) y el de Zacatecas (1966), los que definan tanto al delito instantáneo y al permanente, así como al continuado, siguiendo las definiciones contenidas en el Anteproyecto de Código para el Distrito Federal del año de 1958.

Los Códigos Penales de Durango (1944) y de Morelos (1945) confunden al "delito continuo o permanente" y al "delito continuado" y lo funden en uno solo bajo el rubro "delito continuo". Dice el artículo 15 del primero de esos ordenamientos: "No hay acumulación cuando los hechos, aunque distintos entre sí, --

constituyen un delito continuo o cuando en un solo acto se violen varias disposiciones penales. Delito continuo es aquel en que la acción o la omisión que lo constituyen se prolonga sin interrupción por o más o menos tiempo; o en que el agente comete varias violaciones de la misma disposición legal, ya sea que éstas se ejecuten en uno o en distinto tiempo, siempre que ellos procedan de la misma resolución criminal".

En la Exposición de Motivos de las reformas al Código Penal para el Distrito Federal, que entraron en vigor en el año de 1984, se explica que "El proyecto propone una adición al artículo 7º, a fin de precisar, como técnicamente corresponde, la debida clasificación de los delitos en las especies de instantáneo, permanente o continuo, y continuado, que el texto actual no consagra y que posee notables repercusiones prácticas, entre las que figuran las referentes a la ley aplicable al caso, la sanción correspondiente al delito y la prescripción."

Con base en lo anterior, se introdujeron las siguientes modificaciones a la ley:

a) Artículo 7, Fracción I, : "El delito es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos."

b) Artículo 102, Fracción I: Si el delito es instantáneo, los términos para la prescripción de la acción penal se cuentan a partir del momento en que se consumó.

c) Artículo 7, Fracción II: El delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

d) Artículo 29, p. 3º: El límite inferior del día mul-

ta es el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. En el caso del delito permanente o -- continuo se considera el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación.

e) Artículo 102, IV: Si el delito es permanente o continuo, los términos para la prescripción se contarán desde la cesa-ción de la consumación.

Entre las disposiciones relativas que ya estaban vigentes, anotamos las siguientes:

a) Artículo 3.- "Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranje--ros los delincuentes.

b) Artículo 107: "La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que solo pueda perseguirse por queja de -parte, prescribirá en un año contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y - en tres independientemente de esta circunstancia."

En nuestra opinión, de acuerdo con la redacción, la expresión "sea o no continuo" es irrelevante. Por tanto se aplica tanto a los delitos instantáneos, a los continuos o permanentes y a los continuados.

2. La distinción entre delito instantáneo y permanente o continuo.

2.1. Importancia de la distinción.

En la clasificación de los delitos en orden al resulta

do Porte Petit incluye al delito instantáneo y al delito permanente, con las siguientes subdivisiones: respecto al primero, se ñala al delito instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio; por lo que se refiere al delito permanente distingue entre delito necesariamente permanente, delito eventualmente permanente y delito alternativamente permanente.

Consideramos que un aspecto importante en el problema que nos ocupa, es la previa determinación de si tanto el delito instantáneo como el permanente suponen una sola conducta, o si es posible la pluralidad de conductas en el segundo. En principio, podríamos decir que tanto uno como otro delito implican una sola conducta. Del texto de la ley se concluye la unidad de conducta para el delito permanente y, por otra parte, no podríamos pensar en una pluralidad de conductas porque en tal caso estaríamos o ante un delito continuado o ante un concurso de delitos. Maggiore sostiene que en el delito permanente encontramos una sola conducta. Esto es lo que lo distingue, según afirma el profesor italiano, de los delitos continuados y de los habituales. Sin embargo, al referirse a la "permanencia eventual", implícitamente acepta la pluralidad de conductas, misma que podemos encontrar en las "relaciones incestuosas o adulterinas", a las que se refiere. 2)

Si analizamos detenidamente esos delitos (incesto y adulterio) y algunos otros considerados como permanentes o continuos, nos encontraremos ante una pluralidad de conductas, cada una de las cuales, puede configurar el delito. Señalamos como ejemplo de estos delitos la fabricación de armas o de

objetos obscenos previstos en los artículos 160 y 200, fracción I, del Código Penal. Aquí la conducta cuya consumación se prolonga es "fabricar", independientemente de que se realicen una o más acciones, cada una de las cuales, repetimos, en nuestra opinión puede configurar el delito. Es decir, al tipo penal es indiferente la realización de una sola acción (u omisión) o de más de una, lo que implica que la pluralidad de conductas que se de en ese caso no se traducirá ni en una pluralidad de delitos ni en un delito continuado; sino que configurará un solo delito que, aunque haya sido cometido con un mismo propósito delictivo y viole un mismo precepto legal, no estará sujeto a una pena agravada, como lo está el delito continuado. Otro ejemplo de delito permanente que contempla una pluralidad de conductas lo encontramos en los artículos 201, párrafo 3º, y 207, fracciones I y II del Código Penal. De conformidad con la fracción II de este último precepto, comete el delito de lenocinio el "...que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución." Para este texto legal es indiferente que la acción se efectúe por una primera y única vez o en forma habitual. En el primer caso el delito sería instantáneo, mientras que en el segundo, el delito sería clasificado como permanente. Esta característica hace que la doctrina los denomine "eventualmente permanentes".

En algunos delitos de los clasificados como permanentes si encontramos una sola conducta que se prolonga en el tiempo, como sucede en los delitos de asociación delictuosa y, más -

claramente, en el de privación de la libertad. Estos son caracterizados como "necesariamente permanentes"

El siguiente ejemplo ilustra la importancia práctica de la distinción: Si se considera que una acción u omisión configuran un delito instantáneo, la repetición de la conducta podría -- configurar un delito continuado o un concurso de delitos. En cambio si se considera que la acción u omisión (o la pluralidad de ellas) constituyen un delito permanente, la repetición de la conducta no modifica en nada la clasificación. Ahora bien, lo que importa es el hecho de que en el caso del delito continuado la penalidad puede aumentar hasta en un tercio, mientras que no sucede lo mismo si el delito es clasificado como permanente. El artículo 178 del Código Penal para el Distrito Federal establece que es delito rehusarse, sin causa legítima, a prestar un servicio de interés público obligatorio por disposición legal. El primer punto -- consiste en determinar si la negativa a prestar un servicio de interés público (el servicio militar, por ejemplo) constituye un delito instantáneo o un delito permanente. Puede considerarse que es instantáneo porque en cuanto se da la negativa, se consuma. Si se dan otros requerimientos para cumplir con el mismo servicio, -- la pluralidad de omisiones puede constituir un delito continuado o un concurso de delitos. Pero si se considera que desde la primera negativa estamos frente a un delito permanente, la negativa a otros requerimientos no hará que cambie la clasificación y por -- tanto la sanción no se verá agravada.

La distinción entre delito instantáneo y delito permanente interesa respecto a los siguientes temas: prescripción de --

la acción penal; determinación de la competencia territorial; su cesión de leyes; legítima defensa y concurso de personas. Todos estos aspectos están en función del momento consumativo del delito; así, por ejemplo, durante el tiempo que dura la consumación del delito permanente existe flagrancia, por lo que cabe la legítima defensa; la participación de terceros, en el delito permanente, en un momento posterior al acto inicial da lugar a la --- coautoría o a la complicidad y no al encubrimiento, como sucede en el delito instantáneo. 3)

2.2. Criterios de distinción

A) Naturaleza del bien jurídico lesionado

Campus es uno de los más destacados doctrinarios que fundan la distinción entre delito instantáneo y delito permanente en la naturaleza del bien jurídico lesionado o agredido. Existen bienes destructibles, como la vida y la propiedad, y otros que únicamente pueden ser objeto de una compresión, como la libertad. Para el autor citado el delito permanente tiene por objeto solamente bienes inmateriales, susceptibles de compresión y capaces de recuperar su integridad cuando cesa la ofensa. 4)

En contra de esta tesis, Pannain y Maggiore argumentan que no faltan en la legislación penal hipótesis de delitos permanentes que no tienen por objeto bienes que únicamente pueden ser comprimidos, y señalan como ejemplo, el delito de contrabando. 5)

Poletti por su parte señala que "...los argumentos más fuertes y más seguros sobre la falacia de esta teoría, los rinde

el examen de los inconvenientes y de las contradicciones que nacen de su aplicación a los casos prácticos. En efecto, si nosotros acogiéramos el principio de que el ser un delito permanente o no serlo depende de la naturaleza del derecho dañado, deberíamos, sin más, concluir que los delitos pertenecientes a una misma categoría son todos permanentes y todos instantáneos, (lo que resulta contradicho de la manera más absoluta por la realidad de las cosas); y si nosotros afirmásemos con Campus que la especial naturaleza del derecho lesionado por el delito permanente hace "necesaria" la continuidad o mejor la permanencia de la lesión jurídica, habremos de excluir, sin remedio, la categoría de los delitos eventualmente permanentes que, como veremos más adelante, no solamente existen, sino que tienen una gran importancia práctica." 6)

Consideramos acertada esta crítica, pues de conformidad con la opinión de Campus todos los delitos contra la seguridad pública, previstos en título cuarto del libro segundo del Código Penal, serían delitos permanentes o continuos. Sin embargo, no hay duda de que la asociación delictuosa (art. 164) es un delito de ese tipo, pero no así el favorecimiento de la evasión de algún procesado o condenado (art. 150). Podríamos decir que en este caso se da una comprensión permanente del bien jurídico tutelado (la seguridad pública) y que ese bien estará comprimido mientras el fugado no vuelva a la prisión. En consecuencia, la prescripción de la acción punitiva que el Estado tiene en contra de quien favoreció la fuga se iniciará en el momento en que cese la consumación del delito, es decir, en el momento en que el prófu-

go fuera reaprendido o se entregara por su voluntad propia. Pero si ninguna de estas dos cosas sucede, ¿entonces cuándo se inicia el cómputo de la prescripción de la acción penal en contra del - que favoreció la fuga? No creemos que sea correcto concluir que la prescripción de esa acción se daría con la prescripción de la sanción del fugado. ¿Podría considerarse que cuando prescribe la sanción del fugado comienza a correr la prescripción de la acción penal que el Estado tiene en contra del que favoreció la fuga?. Tampoco parece muy acertada la solución.

Por el contrario, si consideramos a este delito como - instantáneo, la prescripción comenzará a correr a partir del momento en que se consumió; es decir, a partir del momento en que - se dio la fuga.

Queda en pie el problema de determinar la base para de - cidir si un delito es instantáneo o es permanente.

B) La instantaneidad de la consumación.

Otro sector de la doctrina señala que el delito instan - táneo es aquél que tiene una consumación instantánea y delito -- permanente o continuo es el que tiene una consumación prolonga-- da. En México este criterio es adoptado, entre otros, por el Ma - estro Celestino Porte Petit; por Soler en la Argentina y es el - criterio que sigue el vigente artículo 7º del Código Penal. 7)

En Italia, Poletti y Pannain prefieren hablar de la -- permanencia de la conducta antijurídica. En México Castellanos⁸⁾ y Villalobos⁹⁾ siguen el criterio, que es el observado en la an - terior definición legal del delito continuo contenida en el - artículo 19. Tal precepto establecía que delito continuo "...es -

aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen."

Pannain apunta que el delito permanente se perfila en forma especial en cuanto a la conducta criminosa y en cuanto al resultado. Para fijar el carácter de continuidad de la conducta, distingue entre delito omisivo permanente y delito comisivo permanente. "En el delito omisivo existe una conducta criminosa, continuada, uniforme y homogénea desde el primer momento en el cual la actividad comienza a existir hasta cesar. Se tiene un precepto que impone hacer una cosa y una correspondiente obligación du radera y no perentoriamente determinada en el tiempo; por todo el tiempo en el cual dura el contraste entre la conducta omisiva del sujeto y la obligación de hacer, existe el delito. Si, en -- cambio, la obligación es de hacer en un momento perentoriamente determinado, el delito omisivo es instantáneo. Si se trata de de litos comisivos, hay que distinguir dos fases de la conducta cri minosa...la primera es la comisiva, propia del delito y no desigual de la de cualquier otro delito; la otra, es una conducta -- siempre negativa que se inicia con la primera producción del resultado. En resumen, hay una conducta positiva con la cual se -- produce la situación antijurídica, y una conducta negativa, con la cual ésta se mantiene en contraste con la obligación jurídica de removerla." 10)

Respecto al resultado Pannain afirma que se prolonga -- por todo el tiempo durante el cual se desenvuelve la segunda fase de la conducta, en los delitos comisivos, o toda la conducta en los delitos omisivos.

Poletti considera que la mejor definición propuesta en la doctrina italiana, es la de Battaglini: "Delito permanente es aquél en el cual la actividad criminosa, en la que consiste la consumación...continúa ininterrumpidamente por un determinado período de tiempo." 11)

Consideramos que, en estricto rigor, debe hablarse de una conducta que persiste o de una misma conducta que se repite persistentemente. De esta forma en la definición quedan comprendidos tanto los delitos necesariamente permanentes, como los eventualmente permanentes.

Pannain opina que debe estar en poder del agente el hacer cesar el estado de permanencia de la conducta antijurídica. Argumenta que la voluntad debe acompañar y presidir en todo momento la prolongación de la consumación. Agrega que si la conducta criminosa se detiene, entonces el resto sucede independientemente de la voluntad actual y de la actividad del sujeto y estaremos en presencia de efectos del delito, y no de "prolongación del resultado" (consideramos que debió decir "prolongación de la conducta"). Con base en este argumento, concluye que el delito de bigamia, por ejemplo, es instantáneo y no permanente, como suele creerse. 12) En apoyo a esta tesis debemos decir que una cosa es contraer un segundo vínculo matrimonial, sin la previa disolución del primero, y otra cosa es estar (permanentemente) contrayendo ulteriores vínculos matrimoniales al primero no disuelto legalmente. Así resulta que una cosa es hacer cesar la conducta delictuosa que permanece y otra cosa es hacer cesar los efectos de una conducta delictuosa ya consumada. En el caso del

delito de bigamia lo que está en poder de la voluntad del agente es hacer cesar los efectos de un delito ya consumado. 13)

Un ejemplo más exactamente aplicable es el del secuestrador que decide dejar en libertad a su víctima, pero fuerzas de la naturaleza impiden que ésta recobre la libertad.

C) La generación de un estado antijurídico perdurable o permanente.

Es la doctrina alemana la que sostiene este criterio - que es idéntico al antes expuesto, pero explicado de manera diferente. Para Maurach, el delito permanente es aquel con cuya consumación típica se crea un estado antijurídico persistente que - es mantenido voluntariamente por el autor. 14)

Mezger afirma que con el delito permanente se crea un estado antijurídico duradero, ulterior a una manifestación de voluntad punible. 15)

Entendemos que este estado antijurídico consiste en seguir haciendo o no haciendo lo que está prohibido o mandado por la ley. Por ejemplo: una cosa es favorecer la fuga de un preso y otra es estar o continuar favoreciendo esa fuga. El delito permanente implica estar o no estar haciendo algo. Su concepto no se determina por la permanencia de los efectos, sino por la permanencia de la conducta antijurídica. La conducta puede cesar y los efectos permanecer, caso en el cual estamos ante un delito instantáneo con efectos permanentes.

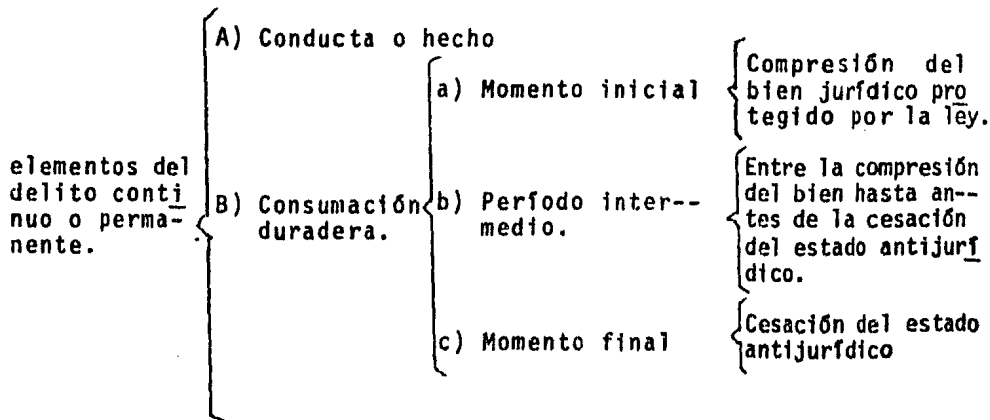
3. Respecto al momento de consumación del delito, existen tres teorías:

a) El delito se consuma cuando se realiza la compre----

si3n del bien jurfdico tutelado por la ley. Apunta Porte Petit -- que esta teorfa es rechazada, entre otros, por Pannain y Leone. El primero argumenta que de aceptarse esta teorfa, en nada podrfa distinguirse el delito permanente del delito instantneo. En contra Leone argumenta que "...no es correcta la teorfa porque a3n -- teniendo en cuenta que en el momento indicado todos los elementos del delito existen, descuida el hecho de que el resultado y la -- conducta, a los que est3 unida la consumaci3n, contin3an existiendo y est3n en vfa de desarrollo y, de seguir tal teorfa, la categorfa de los delitos permanentes se destruir3 plenamente, reduci3ndose a la de los delitos instantneos." 16)

b) la consumaci3n se realiza en el momento en que cesa 3 termina la permanencia del delito. Pannain opina que "Tampoco puede acogerse la teorfa que estima consumado el delito, en el momento en que cesa la permanencia, puesto que se considera irrelevante toda la porci3n del evento anterior." 17)

c) Teorfa de la "consumaci3n durable". No existe un momento, sino un "perfdodo consumativo" que abarca un momento inicial, un intermedio y uno final. Porte Petit resume esta teorfa en el cuadro que a continuaci3n transcribimos. 18)



4. Delitos necesariamente permanentes y eventualmente permanentes. Diferencias con el delito instantáneo - con efectos permanentes.

La distinción entre delitos necesaria y eventualmente permanentes se atribuye a Manzini. Pannain nos dice que "Hay delitos necesaria y eventualmente permanentes. Con relación a los -- primeros es absolutamente necesaria una actividad, positiva o - negativa, prolongada por un tiempo más o menos largo, así que -- aquella figura delictiva no ocurre si la actividad es instantá-- nea; en cuanto a los otros, el hecho previsto por la ley puede - agotarse en el momento en el cual se concretan los elementos --- constitutivos de la hipótesis típica del delito, pero puede, así mismo, extenderse en una ininterrumpida actividad positiva o ne- gativa, que en todo momento reproduce la hipótesis misma. Algun- nos añaden la categoría de los delitos alternativamente permanen- tes, en los cuales se tiene una conducta culpable absolutamente distinta de la otra, por ejemplo, si nos referimos al del rapto, que puede ser instantáneo en cuanto el agente sustrae a la per- sona, y permanente en cuanto la retiene." 19)

Podemos concluir diciendo que estamos ante un delito - permanente cuando el tipo describe o requiere un estado antijurí- dico permanente. Este estado puede producirse con una sola con-- ducta o con una pluralidad de ellas. En el primer caso estamos ante el delito "necesariamente permanente"; en el segundo ante - el delito "eventualmente permanente". En éste, una sola conducta es suficiente para configurar el delito y por disposición de la - ley, la repetición de esa misma conducta no constituye una plura

lidad de delitos, sino un solo delito que se considera como permanente. Insistimos, al tipo penal es indiferente la unidad o la pluralidad de las conductas, como sucede en el delito de incesto (art. 272). La redacción implica una o más acciones, de tal forma que la segunda relación incestuosa no implica cometer por segunda ocasión el delito, sino simplemente la repetición de la misma conducta configurativa del delito. Lo mismo puede decirse del que usurpa funciones públicas (art. 250).

El delito eventualmente permanente requiere que en el tipo se contemple a la repetición de una misma conducta como configurativa de uno solo y el mismo delito, en el entendido de que cada una de esas conductas es configurativa del delito de que se trate. Si el tipo no contempla esta posibilidad de repetición de la conducta y esa repetición se da, entonces estaremos ante un concurso real homogéneo de delitos o ante un delito continuado. Por ejemplo, el tipo que describe el delito de robo no admite la posibilidad de que una pluralidad de acciones, vale decir, una pluralidad de robos, dé lugar a un solo delito de robo, sin perder de vista que es una cosa muy diferente la pluralidad de actos configurativos de una misma acción (V.gr.:apoderarse con diferentes actos de todo el dinero que hay en un banco). En cambio, en el delito de ultrajes a la moral pública descrito en el artículo 200, fracción I, del Código Penal, sí existe la posibilidad de que una pluralidad de ultrajes se consideren como uno solo. Dice ese precepto que comete el delito el "...que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los exponga, distribuya o haga circular." Esto implica que desde la primera "fa-

bricación (edición) o "reproducción" de libros obscenos, se come te el delito y las sucesivas ediciones o reproducciones serán re peticiones de ese delito, pero, por disposición de la ley, esa - pluralidad se sanciona como si hubiera un solo delito. Lo mismo podemos decir del delito de fabricación de armas (art. 160); co- rrupción de menores (art. 201); lenocinio (art. 207, fracción I); usurpación de funciones y de profesión (art. 250); incesto (art.- 272) y adulterio con el mismo sujeto (art. 213).

Si la anterior interpretación se considerara errónea, en tonces habría que hacer desaparecer la categoría de los delitos - "eventualmente permanentes" y crear en su lugar la de los delitos "necesariamente continuados" esbozada por Soler en forma un poco imprecisa. En efecto, dice el reconocido tratadista argentino que "...a veces la ley presupone la pluralidad de acciones, no para - dar nacimiento a un verdadero delito continuado sino para llegar a la integración de un delito que tiene como elemento la habitua- lidad o la repetición de ciertos actos. Estos delitos están conce- bidos por el legislador como necesariamente continuados. En ellos, si no hay reiteración no hay delito." ²⁰⁾ No estamos de acuerdo - con la parte subrayada, pues lo que ahí se dice corresponde a los delitos habituales. De conformidad con Porte Petit, el delito ha- bitual es aquel en el que el elemento material está formado de ac ciones repetidas de la misma especie, las cuales no constituyen - delito por sí mismos. ²¹⁾ Esto implica que la diferencia entre es te delito y el "eventualmente permanente" o "necesariamente conti- nuado" consiste en que cada una de las acciones que los configu-- ran, en el caso del primero no constituyen delito; pero sí, en el caso del

segundo.

Si consideramos que tanto la regulación anterior como la vigente del delito continuado implican una conducta que persiste y no la repetición de una misma conducta, nos inclinaremos a favor de dicho cambio en la clasificación. Es cierto que en una y otra clasificación encontraremos que una pluralidad de delitos es considerado como uno solo; pero existe una diferencia importante por cuanto a la penalidad. Así, por ejemplo, si un individuo es encontrado responsable del delito de homicidio en la modalidad prevista en la fracción I del artículo 207, que dice que a "Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera" se le sancionará con pena de prisión de seis meses a ocho años; si el delito es considerado como "eventualmente permanente", la sanción, desde luego, se impondrá dentro de ese mínimo y máximo; pero si es clasificado como "necesariamente continuado", la sanción que se imponga dentro de ese mínimo y ese máximo se verá aumentada hasta en una tercera parte, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 64 del Código Penal.

Si analizamos más detenidamente, encontramos que la repetición de conductas no es estrictamente necesaria para que el delito se configure; por lo tanto no vemos razón alguna para emplear la expresión "necesariamente continuado". De ser esa repetición de conductas necesarias para que se configure el delito, entonces estaremos ante el delito habitual o tal vez un delito plurisubsistente. Sin embargo, con fines prácticos, en los deli-

tos que llamaríamos "necesariamente continuados" la "unidad de propósito" que hiciera que esa pluralidad se convirtiera en una unidad, se consideraría implícita. Es decir, tal vez podría afirmarse que la unidad de resolución, designio o propósito se presume en el delito "necesariamente continuado".

No se nos escapa que en el ejemplo anterior, el tipo penal expresamente está aceptando, para que se configure el delito, una sola conducta o una pluralidad de ellas. La expresión "habitual" implica que la pluralidad de conductas se consideran como un solo delito que, para determinados efectos, puede ser tenido como "eventualmente permanente". Sin embargo, respecto de otra hipótesis del mismo delito de lenocinio, prevista en la fracción II del artículo 207, no con mucha facilidad podría decirse que es un delito "eventualmente permanente", dado que el texto de este precepto no implica que la repetición de la conducta que describe será tenida como un solo delito. Este precepto dice que comete el delito de lenocinio "El que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución. No obstante, podríamos decir que por analogía a lo dispuesto en el precepto inmediatamente anterior, el que habitualmente realiza la conducta descrita no comete una pluralidad de delitos, sino uno solo.

El artículo 160 preceptúa que a quien fabrique sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años. ¿Qué sucede con el individuo que durante tres días fabrica una metralle-

ta; después de un mes vuelve a fabricar otra, usando el mismo número de días y así sucesivamente, hasta llegar a diez por mes? - ¿En este caso estaremos ante un delito "eventualmente permanente" o ante un "delito necesariamente continuado"?

Nuestra opinión es en el sentido de que delito "eventualmente permanente" es únicamente aquel para cuyo tipo es indiferente la unidad o la pluralidad de conductas. Encontraremos expresiones tales como "el que habitual o accidentalmente haga o deje de hacer"; "el que por una ocasión o en más de una ocasión haga o no haga". Se diferenciará del delito habitual en que en éste, de acuerdo con la descripción del tipo, una sola y primera conducta no es suficiente para configurar el delito, sino que se requiere la repetición. En aquellos tipos penales cuya redacción no diga expresamente que la pluralidad de conductas da lugar a un solo delito debe entenderse que se contempla un delito instantáneo y que la repetición de la conducta prevista dará lugar a un concurso real homogéneo de delitos o a un delito continuado.

Cuando el delito no crea un estado antijurídico permanente, es decir, cuando la conducta típica no persiste en el tiempo o no se repite persistentemente, si es que así lo contempla el tipo, y lo único que se genera son efectos que persisten en el tiempo y en el espacio, entonces estamos ante un delito instantáneo con efectos permanentes. Este delito es definido así: aquel en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos.

II. El delito continuado

1. Regulación positiva y sus antecedentes

1.1. Orígenes históricos. Su fundamento

Aun cuando existen algunas disposiciones en los diversos cuerpos normativos del derecho romano que pudieran dar lugar a la duda, ²²⁾ la mayoría de los autores afirma que en este sistema jurídico no se conoció la figura. Tampoco fue contemplada la institución por los derechos germánico y canónico. Su creación se debe a los glosadores y postglosadores y a los prácticos italianos. Se atribuye generalmente al práctico Farinaccio la elaboración de la definición, pero, según Leone y Pillitu, dos siglos antes aparecen los ejemplos de Bartolo de Sassoferrato sobre la pluralidad de falsos testimonios y remoción de mojoneras. Por tanto, el antecedente más remoto y cierto lo encontramos en los glosadores y postglosadores. Bartolo nos dice: "¿Si alguien presentare varios testigos falsos o arrancare los mojones en varios linderos se le castigará por cada uno de ellos?...y allí dice del siguiente modo: si adujeran numerosos testigos para un mismo efecto será una sola la aducción, que se castigará como un solo delito...pero si se adujesen para diversos efectos se le castigará por cada uno de éstos."

"Asimismo digo, si un testigo declarase falsamente sobre diversos artículos, si estos artículos tienden a una misma conclusión y a un mismo resultado, el delito será uno sólo. Si los artículos tendieran a diversos efectos los delitos serán varios."

"Lo mismo debe entenderse respecto a arrancar los mojo

nes; en efecto, si hubiera muchas piedras en un mismo lugar, se dirá que un solo mojón ha sido arrancado y se le castigará únicamente por un solo mojón, porque tienden a un mismo efecto. Pero - si dichas piedras estuvieran en diversos lugares sería castigado por cada una de ellas porque tenderían a diversos efectos." 23)

Soler hace la siguiente cita de Farinaccio: "En cuanto a la regla de que un ladrón puede ser ahorcado por tres hurtos, - procede aplicarla cuando los tres hurtos son distintos, ya por la cosa robada, ya por el tiempo."

"Esa regla no procede cuando el ladrón hurta varias cosas al mismo tiempo, por que se considera un solo hurto."

"Tampoco hay varios hurtos sino uno solo, cuando alguien robare de un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente una o más cosas; ... y se cita el ejemplo de uno que, por repetidas veces continuadas, ha robado una bolsa de trigo o una bordelesa de vino: no puede decirse 'varias veces' si los robos no se llevaron a cabo en especie y tiempos distintos."

"Lo mismo hay que decir de aquel que en una sola noche y continuadamente comete diversos robos, y en distintos lugares, aun de distintos objetos... a ese ladrón no se le puede ahorcar, como se le ahorcaría si hubiese cometido tres hurtos en tiempos distintos y no continuados." 24)

La doctrina se pregunta por las razones que justifican que una pluralidad de delitos sea considerado como uno solo. En sus orígenes históricos se señalan razones de benignidad para el delincuente. Pero se entiende que esta benignidad tenía

su fundamento en la concurrencia de la unidad del nexo psicológico y de una conexión adecuada temporal, elementos que, según Pillitu, ya se encuentran en los ejemplos dados por los postglosadores. Así, la finalidad primera fue evitar la pena de muerte para el autor de un tercer hurto y después evitar las consecuencias de las reglas de la acumulación de penas previstas para el concurso de delitos. 25)

A Carrara le parece más criminal el que varias veces -- se ha determinado al delito que el que se decide una sola vez. -- La determinación única exigida para el delito continuado es lo que permite una sola imputación al sujeto con la consiguiente moderación de la pena. La concurrencia de un propósito o resolución unitarios es lo que justifica para Carrara, que el delito continuado sea considerado como una mera ficción jurídica que tiene como único objeto evitar que el que ha cometido varias violaciones a un mismo precepto legal, sea sancionado con múltiples penas. 26)

El criterio de Mezger, Maurach y otros es enteramente opuesto. "En opinión de éstos un plan preconcebido o un dolo unitario previo no puede ser tomado como motivo de atenuación, sino más bien de agravación de la pena; lo que puede favorecer al sujeto activo en el delito continuado es el haber sucumbido cada vez de nuevo a la tentación de hallarse colocado ante circunstancias motivantes esencialmente iguales; jamás el haber obrado en forma premeditada." 27)

Señala Marfa T. Castiñeira que la jurisprudencia de -- los tribunales españoles ya no admite como única finalidad del --

delito continuado, el beneficio del reo; mismo que, por otra -- parte, en determinados casos no existe, porque puede resultar -- más benéfico la aplicación de las reglas de la acumulación de pe -- nas, que la aplicación de una única sanción agravada. En la ac -- tualidad, el fundamento del delito se encuentra también en razo -- nes de utilidad; la figura se encuentra destinada a resolver di -- ficultades de orden procesal: "Por ejemplo: la indeterminación -- de las acciones, las dificultades o deficiencias de prueba sobre el número de acciones realizadas, la fecha del hecho o la cuan -- tía de la lesión pueden ser decisivas a efectos de estimación -- del delito continuado. Se trata de evitar que queden impunes ac -- ciones que no pueden ser probadas con exactitud." 28)

Maurach está de acuerdo con la anterior opinión, pero advierte de lo que el llama "los peligros procesales del delito continuado", consistentes en la impunidad en que pueden quedar -- las acciones que no fueron objeto del procedimiento y que, por -- tanto, no son consideradas en la sentencia. Una persecución pos -- terior se opone a los principios de res iudicata y non bis in -- idem.

Es ejemplo clásico el de la trabajadora doméstica que decide robar el collar íntegro, y no solamente unas perlas; pero tampoco cabe destacar que aprovechando la descompostura del co -- llar decida sustraer una perla y ampararse en la posibilidad de su extravío y que, después de unos días, al ver que no se ha no -- tado la ausencia de la perla robada, decida apoderarse de otra -- para completar un par de aretes. Un defensor de oficio avisado podría convertir ese concurso real de delitos en un delito con --

tinuado simplemente con aconsejar a su defendida que declare haber tenido la intención de robar todo el collar. Con estas reservas, podemos decir que en tratándose de este ejemplo clásico, -- que se refiere a un objeto que puede ser robado por partes, habría suficientes elementos para presumir el dolo unitario o resolución o propósitos únicos. Digamos que es lógico pensar que el sujeto activo quizo apoderarse de todo el collar y no solamente de dos o tres perlas. Pero no podemos hacer con la misma facilidad la presunción de una resolución única cuando se trata de objetos que, en principio, no necesitan ser robados junto con --- otros para obtener el beneficio buscado con el ilícito. Tal es el caso del trabajador de un expendio de vinos y licores que durante algunos días se dedica a sustraer una botella de vino por día. Podría ser que efectivamente tomara la resolución de apoderarse exactamente de una caja de vino que necesita para una celebración que está preparando, pero nada impide pensar en la existencia de un dolo genérico de robar cada vez que las circunstancias se lo permitan.

Con estos argumentos queremos adelantar que no consideramos completa la regulación positiva del delito continuado, que señala a la unidad de propósito delictivo como único requisito para considerar que un concurso real de delitos homogéneo es un delito único.

Consideramos que además de este criterio subjetivo se requieren de otros de carácter objetivo a los que la ley les da, por lo menos, el carácter de presunciones.

1.2. El delito continuado en el derecho extranjero

La primera regulación positiva de este delito, la encontramos en los Códigos de Baviera de 1813 y del Gran Ducado de Baden de 1845.

En Italia, antes de la unificación legislativa, estuvo previsto en el Código Toscano de 1853, que lo definió así: "Varias violaciones de la misma ley penal cometidas en un mismo contexto de acción, o aún en tiempos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminosa, se consideran como un solo delito continuado, pero la continuación del delito aumenta la pena -- dentro de sus límites legales." El Código Sardo de 1859 lo menciona en la parte relativa a la prescripción.

Fue contemplado en el proyecto de Mancini de 1877 y regulado en los Códigos italianos de 1889 y 1930. Este último ordenamiento, en el capítulo relativo al concurso de delitos, lo define así en su artículo 81: "Las disposiciones de los artículos precedentes (sobre el concurso de delitos y de penas) no se aplican a quien, con varias acciones u omisiones de un mismo proyecto criminal, comete, aún en tiempos diversos, varias violaciones de la misma disposición de ley, aún siendo de diversa gravedad. En tal caso, las diversas violaciones se consideran como un solo delito y se aplica la pena que debería inflingirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triple."

En los ordenamientos penales de latinoamérica encontramos las siguientes definiciones:

Colombia: Artículo 32.- "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, --

cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad."

Costa Rica: Artículo 50.- "Se considerará también como un solo delito la infracción repetida de la misma ley penal, cuando revelase ser ejecución de un designio único, y tal repetición podrá ser apreciada como circunstancia agravante."

Cuba: Artículo 23.- "Se considerarán como un solo delito: C.-La pluralidad de infracciones de un mismo precepto en tiempos distintos, constituirá un sólo delito o una contravención de carácter continuado, si al ejecutarlo hubiera obedecido el agente a una sola determinación criminal genérica común a todas las infracciones; pero la sanción se aumentará de una cuarta parte a la mitad, a juicio del tribunal, teniendo en cuenta la peligrosidad del agente demostrada por el número de infracciones y por -- circunstancias concurrentes en las mismas."

Honduras: Artículo 78.- "Varias violaciones de la misma ley penal cometidas en el mismo momento de acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado."

Panamá: Artículo 74.- "Se considera como un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio; pero la pena se aumentará, en ese caso, desde la sexta parte hasta la mitad."

Paraguay: Artículo 48.- No.2.- "Se considera que no hay sino un hecho punible:2o.- Cuando se trata de varias violaciones de la misma ley penal, cometidas en el mismo momento de acción, o en diversos momentos, como actos ejecutivos de la misma

resolución criminal."

Venezuela: Artículo 99.- "Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad."

Uruguay: Artículo 58.- ("Delito Continuado"). Varias violaciones de la misma ley penal, cometidas en el mismo momento o en diversos momentos, en el mismo lugar o en lugares diferentes, contra la misma persona o contra distintas personas, como acciones ejecutivas de una misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado, y la continuación se --- apreciará como una circunstancia agravante."

Perú: Artículo 107.- "Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieren sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado, y se reprimirá con la pena correspondiente a éste."

Todos estos códigos tienen una filiación a la teoría subjetiva. El único Código Iberoamericano que se afilia a la teoría objetiva, es el Código Brasileño, cuyo artículo 51 dice: --- "Cuando el agente, mediante más de una acción u omisión, practica dos o más delitos de la misma especie, y por las condiciones de tiempo, lugar, de manera de ejecución y otros semejantes, deben ser tenidos los subsiguientes como continuación del primero, se impone la pena señalada para uno solo de los delitos, si -- ellos son iguales, o la más grave, si son diferentes, aumentadas

siempre de un sexto a dos tercios."

El Código Argentino de 1937 establece: "Cuando con varios hechos ejecutivos de un mismo designio, se cometen, aun en distintos momentos, varias violaciones de la misma disposición legal; en tal caso, no regirán las disposiciones sobre el concurso de delitos."

Entre los proyectos de Códigos Penales en los que se regula al delito continuado, mencionados por Estrada Ojeda en su monografía, se encuentran los siguientes: El de Manuel López Rey Arrojo, del año de 1943, para la República de Bolivia; el formulado en el año de 1931 por Enrico Ferri para Italia; y el de José Peco de 1941 para la República de Argentina.

El proyecto boliviano define al delito continuado así: "Se estimará que no hay pluralidad de delitos, sino un solo delito continuado, correspondiéndole por tanto una pena única y si necesario fuere, medida o medidas de seguridad, cuando mediante conductas homogéneas temporalmente unidas entre sí se cometa fundamentalmente el mismo delito, lesionando el mismo bien jurídico."

La identidad del titular del bien jurídico lesionado, es sólo exigible en los delitos contra las personas." La definición se fundamenta en la teoría objetiva sustentada por la doctrina alemana.

En el proyecto de Enrique Ferri se adopta la teoría subjetiva. El artículo 21 dice: "Las circunstancias que indican en el delincuente un mayor estado de peligro, siempre que no estén previstas como elemento constitutivo o como circunstancia modificadora del delito son:

"XV.- Haber agravado las consecuencias del delito; haber, por la misma acción y no por simple consecuencia de una circunstancia fortuita, perjudicado y ofendido a muchas personas; - haber, por un solo y mismo hecho, violado varias disposiciones - de la Ley o varias veces la misma disposición, en diferentes veces, por actos ejecutivos dependientes de la misma resolución."

El proyecto argentino de José Peco contiene la siguiente definición de delito continuado: "Al que en dos o más acciones u omisiones, ejecutivas del mismo designio delictuoso, cometiere varias violaciones de la misma ley penal, incluso de distinta gravedad, se le considerará como autor de un delito único continuado, aunque hubiere diversidad de medio, modo, lugar, --- tiempo o persona." 29)

1.3. Derecho Mexicano

En el Código Penal para el Distrito Federal de 1931 no fue previsto originalmente el delito continuado. Encontramos la definición en los anteproyectos de código penal para el Distrito Federal de los años de 1949 y 1958 y finalmente la regulación -- quedó incorporada con las reformas a ese ordenamiento que entraron en vigor en el año de 1984. En el Proyecto de Código Penal - tipo para la República Mexicana de 1963 también se define a ese delito.

El artículo 18 del anteproyecto de 1949 dice que "Es - delito continuado aquel en que el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto, y con violaciones del mismo precepto legal."

El Anteproyecto de 1958 establece en el párrafo 3º del

artículo 10: "El delito es continuado cuando existe pluralidad de conductas o hechos con unidad de propósito e idéntica lesión jurídica." El artículo 21 del Proyecto de 1963 establece lo siguiente: "Se considerará como un solo delito, la pluralidad de conductas o hechos con el mismo designio delictuoso e identidad de lesión jurídica, incluso de diversa gravedad."

Ya dijimos que los Códigos Penales de los Estados de Durango y de Morelos, que datan de 1944 y de 1945, respectivamente, confunden al delito continuo con el delito continuado. Otros Códigos de las Entidades Federativas dan la siguiente definición: Artículo 21, párrafo 3º, del Código Penal para el Estado de México (1961): "Es delito continuado aquél que se integra con actos plurales, procedentes de una resolución singular y con violación del mismo precepto legal"; artículo 8º del Código Penal para el Estado de Michoacán (1962): el delito es continuado "...cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal"; el Código Penal para el Estado de Zacatecas (1966), en su artículo 7º, dice que el delito es continuado "...cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica resolución del sujeto, con violación del mismo precepto legal y siendo el mismo ofendido...."

He aquí las modificaciones al Código Penal para el Distrito Federal, que entraron en vigor el año de 1984:

A) Artículo 7, fracción III: El delito es continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conduc-

tas se viola el mismo precepto legal.

B) Artículo 19.- No hay concurso (de delitos) cuando - las conductas constituyen un delito continuado.

C) Artículo 29, p. 3º.- El límite inferior del día multa es el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atiende al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta.

D) Artículo 64, p. 4º.- : Sanción.- En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

E) Artículo 102, p. III: Prescripción: En caso de delito continuado, los términos para la prescripción de la acción penal se contarán desde el día en que se realizó la última conducta.

2. Criterios doctrinales para la definición.

La doctrina adopta dos puntos de vista para definir este delito: el objetivo y el subjetivo. Existe un tercer criterio ecléctico que configura a la llamada teoría subjetivo-objetiva.

La teoría objetiva predomina en Alemania, en donde tuvo su origen con Feuerbach. Entre otros, es sostenida esta teoría por Mezger, quien sostiene que si bien los órganos jurisdiccionales alemanes son partidarios de la tesis subjetivo-objetiva, la "teoría objetiva pura" es la predominante entre los doctrinarios (alemanes, se entiende). Esta corriente encuentra la fuerza unificadora de las diversas conductas que integran un delito continuado en las siguientes características objetivas:

- a) Similitud de tipo;
- b) Homogeneidad de la ejecución;
- c) Unidad de bien jurídico lesionado;
- d) Conexión temporal;
- e) Utilización de las mismas relaciones y de la misma -
ocasión para delinquir.

Son partidarios también Liszt y Von Hippel. Maurach, no obstante que se declara partidario de la teoría objetiva, señala como presupuesto del delito continuado "que el autor renueve la misma o similar resolución de actuar, bajo la eficacia motivadora de circunstancias igual o esencialmente iguales". Como requisitos objetivos menciona: a) la homogeneidad de los diversos actos realizados; b) la lesión de un mismo bien jurídico; c) relación de tiempo y lugar, y d) que las acciones se cometan aprovechando relaciones esencialmente iguales. ³⁰⁾

Mezger declara que el "carácter unitario del dolo" "es casi siempre una ficción". Se adhiere a la tesis objetiva y reconoce que las características del delito continuado no son susceptibles de ser fijadas de manera esquemática, sino que la decisión última corresponde al "razonable arbitrio". No obstante, se muestra partidario de los requisitos antes enumerados, agregando el de identidad de la persona ofendida en los "ataques personales." ³¹⁾

La crítica principal que se hace a la teoría objetiva consiste en que sin el elemento subjetivo -la unidad de propósito- el concurso real homogéneo de delitos difícilmente puede diferenciarse del delito continuado.

La teoría subjetiva se produce como una reacción a la

teoría objetiva y fue seguida por Schreter, Henke y Haefschne. - Para el establecimiento de la continuación, esta teoría únicamente toma en consideración al elemento subjetivo o nexo psicológico. - En la actualidad está totalmente abandonada.

La teoría subjetivo-objetiva fue iniciada por el jurista Alemán Mittermaier y seguida, entre otros por Berner, Rathenau y Doeer. Al decir de Camargo Hernández, es la que admite la generalidad de los autores italianos y españoles y es la que ha tenido éxito en la práctica. Señala como elementos del delito -- continuado:

- a) Una pluralidad de acciones
- b) Unidad de designio, resolución o propósito
- c) Unidad de precepto penal violado. 32)

Además de estos elementos, se señalan otros de carácter secundario, entre los que suelen incluirse los sostenidos -- por la teoría subjetiva.

Anota Mezger que los Tribunales alemanes siguen la tesis subjetivo-objetiva, pues exigen en la acción continuada la existencia de "acciones homogéneas" y "conexión en virtud de un dolo unitario". Este dolo, según el criterio judicial, debe "de antemano haber abarcado en sí el resultado conjunto y estar dirigido a la realización, en distintos momentos, de dicho resultado mediante varias acciones aisladas, pero no independientes, cada una de las cuales realiza el tipo." 33)

Merkel sostiene que la unidad del delito continuado no puede derivar de relaciones meramente subjetivas entre diversas violaciones jurídicas. "No puede provenir, por ejemplo, de que -

el propio delincuente considere esas violaciones como enlazadas entre sí, ni de que las mismas sirvan a un fin idéntico que caiga fuera de los caracteres legales que constituyen el delito ni de -- que la resolución de cometer una infracción jurídica se haya tomado al mismo tiempo de cometer otras. El punto de vista del derecho -agrega- no es el punto de vista del delincuente." 34)

Dado que el "propósito único" o "unidad de resolución" es un elemento subjetivo o psicológico, su existencia o inexistencia dependerá básicamente de lo que diga el inculcado, salvo que existan elementos suficientes previstos en la ley para presumir lo contrario. Por tanto, podría decirse que son más las desventajas que las ventajas que esta figura puede reportar a la administración de justicia, sobre todo en la forma en que quedó regulada en el Código del Distrito Federal. Así, por ejemplo, el empleado bancario que un día adopta el dolo genérico de robar cada vez que pueda, incurriendo así en un concurso real de delitos, bien aleccionado por su abogado podrá transformar ese concurso, en un delito continuado. La importancia radica en que el concurso tiene una sanción mas severa que dicho delito. En este caso - bastará con que el delincuente diga, directamente o indirectamente, que los dos o tres robos perpetrados los efectuó con unidad de resolución o propósito. La hipótesis concreta es la siguiente: roba durante los días lunes, martes y miércoles, con dolo genérico en la realidad, y es descubierto y detenido el viernes. - El sábado, después de hablar con su abogado, dirá que necesitaba reunir determinada cantidad y, para evitar sospechas, decidió -- sustraerla en diversas acciones. Ojeda Estrada está conforme en

que la existencia de ese elemento subjetivo no podría demostrarse a menos de que se diera validez absoluta al dicho del sujeto activo del supuesto delito continuado y sugiere como solución -- que en la ley sean señaladas las circunstancias o condiciones cu ya concurrencia hiciera presumir el designio criminoso único o -- que se agregaran requisitos de carácter objetivo de los cuales -- pudiera desprenderse esa unidad de resolución o propósito. 35)

Nosotros somos de la opinión de que si la figura que nos ocupa ha de subsistir en la legislación, debe regularse más detalladamente y con criterio objetivo.

3. Análisis de los elementos del delito

Ya apuntamos que según sea la concepción del delito -- continuado serán los elementos que para el mismo se señalen. En este trabajo comentaremos los contenidos en el artículo 7 del Có digo Penal vigente en el Distrito Federal, mismo que adopta un -- criterio subjetivo-objetivo. Tales elementos son los que la doc trina afiliada a dicha concepción considera como esenciales. --- Existen otros elementos o factores que, como ya lo apuntamos, -- aunque no tengan la calidad de esenciales, en nuestra opinión, -- debieron ser considerados por la ley. Camargo Hernández se refie re a uno de ellos diciendo: "Se prescinde de la cuestión referen te a la unidad o pluralidad de sujetos pasivos como elemento de la continuación, y al no adoptar el legislador ante este proble- ma una posición determinada pueden suscitarse en la práctica gra ves dudas, como ocurre en otros países." Es importante destacar que esta opinión la refiere el citado autor a la definición contenida en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Fe

deral de 1949, que en esencia es la misma incorporada al artículo 7 del Código Penal vigente, con la diferencia de que en ese anteproyecto el elemento subjetivo es denominado "unidad de resolución", mientras que en el Código Penal vigente se habla de "unidad de propósito delictivo", denominación que el penalista español considera más adecuada. 36)

La regulación vigente se refiere, con mejor técnica, a una "pluralidad de conductas", mientras que en el Anteproyecto mencionado se habla de "acciones plurales".

Los elementos contenidos en la ley son:

- a) Pluralidad de conductas;
- b) Unidad de propósito delictivo;
- c) Violación del mismo precepto legal.

Entre los elementos secundarios suelen ser considerados únicamente el sujeto pasivo, el tiempo y el lugar del delito. Somos de la opinión de que debe darse una mayor importancia a los siguientes elementos señalados por la doctrina objetiva:

- a) La homogeneidad de la ejecución
- b) La utilización de la misma relación y de la misma ocasión para delinquir; es decir, que las acciones se cometan aprovechando relaciones esencialmente iguales.

3.1. Elementos esenciales del delito según la teoría subjetivo-objetiva.

- a) Pluralidad de conductas

Respecto a este elemento es de apuntarse que para aquellos que consideramos que la denominación más apropiada para el elemento objetivo del delito es "conducta", la definición legal

que se comenta es más apropiada en este aspecto. 37)

Es evidente que el delito continuado no puede ser cometido con una sola conducta, como pretenden Leone, Pillitu y Manzini, pues en tal caso estaríamos ante un concurso ideal de delitos. Es de la esencia del delito continuado la pluralidad de conductas. 38)

La doctrina pone especial cuidado en distinguir la "acción" y el "acto". Este es un fragmento de la segunda. En consecuencia, una acción puede estar constituida por uno o más actos. El delito continuado requiere de una pluralidad de acciones (o de omisiones), no de actos, como erróneamente señalan algunos Códigos. El delincuente que furtivamente se introduce en una casa y con diversos actos dentro de un mismo espacio de tiempo se apodera de diversos objetos no comete un delito continuado, sino un delito único de robo. 39)

Finalmente, se considera que cada una de las conductas configura un delito, de donde resulta que el delito continuado es un concurso real de delitos que por disposición de la ley se convierte en un delito único, siempre y cuando se colmen los requisitos que la misma ley señala. De lo contrario, estaremos ante el concurso de delitos. Con esta afirmación adelantamos nuestro criterio en torno a la naturaleza del delito continuado, que es tratada en el numeral 4 de este apartado. Apunta directamente en contra de la concepción del delito continuado como una "unidad real".

b) Elemento subjetivo del delito continuado: Unidad de propósito delictivo.

Este elemento es el más importante, en virtud de que - hace que un concurso real de delitos se convierta en un delito - único.

En realidad ese elemento subjetivo o psicológico del delito continuado es lo que en la teoría general del delito se - designa como culpabilidad. Descartando que en este tipo de deli- to no cabe la culpa, ⁴⁰⁾ solamente nos queda el dolo único para cometer un delito que, por necesidades del plan criminal del su- jeto, se comete con diversas conductas cada una de las cuales -- constituye un delito perfecto. Teóricamente, desde la realización de la primera conducta, en la mente del sujeto no está la comi- sión, de muchos delitos, sino la comisión de uno solo. Así, en - el ejemplo clásico del collar de perlas, el sujeto activo no pla- nea cometer diez robos diferentes, sino lo que planea es el robo del collar en diez distintas ocasiones como un mero medio de con- seguir su finalidad.

Los doctrinarios han tenido mucho cuidado en distin-uir entre el dolo unitario del delito continuado y el "dolo ge- nérico" de cometer un mismo delito repetida e indefinidamente. - No es lo mismo la resolución o el propósito de un cajero que de- cide apoderarse de una determinada cantidad de dinero, para lo cual planea dos o tres apoderamientos para completar esa canti- dad, que la resolución o propósito de robar cada vez que las -- circunstancias se lo permitan. De paso podemos señalar que en - ambas hipótesis podríamos encontrar un mismo propósito, resolu- ción, designio, plan o programa criminoso. Si un cajero se deci- de a robar lo que pueda y cuantas veces le sea posible estamos

ante un "dolo unitario" o ante un "dolo genérico"? En principio parece un dolo genérico, pero si consideramos que en su resolución existe unidad de sujeto pasivo (la empresa en la que presta sus servicios) podría argumentarse que su resolución consistió en robar lo más que le fuera posible a un mismo sujeto, por lo que su dolo parecería un "dolo unitario". He aquí las desventajas de la teoría subjetiva: hace que el punto de vista del derecho sea el punto de vista del delincuente.

Lo que importa es sentar que, sin duda alguna, el delito continuado requiere de un "dolo unitario" para diversas conductas, que haga que esa pluralidad se convierta en una unidad. Ahora lo que debemos averiguar es si la expresión "unidad de propósito delictivo" que utiliza la ley es la adecuada para hacer referencia a este "dolo unitario" y de serlo, debemos investigar si es o debe ser comprensiva de otras notas. Es precisamente en la denominación de este elemento subjetivo o psicológico en donde existen las mayores discrepancias doctrinales, pues se emplean diversos términos para designarlo: "unidad de resolución", "unidad de designio", "unidad de propósito", y "unidad de dolo". La controversia radica en encontrar el concepto adecuado para denominar lo que se quiere significar con ese elemento subjetivo. Y si analizamos cuidadosamente la doctrina, veremos que se trata de encontrar un concepto cuya definición sea comprensiva de todo el itercriminis del delito continuado o de las fases que cada autor considere más importantes. Unos ejemplos: El Código Toscano de 1853 y el Código italiano de 1889 hablaban de "una misma resolución criminal", noción aceptada, entre otros por Impallomeni,

Alimena y Pessina, pero que fue criticada en forma unánime en el momento en que se elaboró el Código italiano de 1930; se dijo entonces que era acientífica esa denominación y que desde el punto de vista de la psicología no existen resoluciones en "abstracto", el querer, sino en "concreto", el querer algo. Al respecto, el Ministro Rocco da estas explicaciones: "...el art. 79 del código de 1889 haciendo referencia a los actos ejecutivos de 'la misma resolución', había dado lugar a no pocas controversias en la interpretación de tan singular elemento psicológico. El proyecto - por tanto ha preferido la fórmula 'designio criminal', considerando que en el delito continuado lo que verdaderamente permanece - persistente es 'la ideación' y no ya 'la resolución' que se traduce en acto; es el elemento intelectual y no el elemento deliberativo y volitivo la base de la actividad criminosa...." ⁴¹⁾ Maggiore, después de poner de relieve la influencia de Carrara, se manifiesta en contra de la expresión "designio criminoso" que -- usa la ley italiana. Argumenta que "En realidad, la determinación del concepto de 'designio criminoso' no es de las más fáciles. Dejando a un lado la justa crítica de que la noción de 'designio' no se adapta bien a las contravenciones, sigue en pie la dificultad de decidir hasta qué punto quedan incluidos en ella el elemento psicológico de la representación o ideación, y el elemento de la voluntad. Hay que rechazar claramente, piensen de -- ello lo que quieran los trabajos preparatorios, que el designio sea un hecho de ideación del que la voluntad está ausente... Así como es inexacto reducir el designio a un simple 'deseo', ya que el deseo está vacío de cualquier contenido intelectual, así tam-

bién es erróneo agotar el designio en un quid intellectivum, en algo intelctivo, vacío de un momento decisivo que sólo puede ser llenado por la voluntad. El designio, más que un puro pensamiento, es un 'proyecto'; pero es más que un proyecto, porque implica la representación de un fin y un ordenamiento meditado de medios, es decir, un plan detallado del modo como se desarrollará la actividad delictuosa." 42)

Novoa Monreal nos dice "...la resolución es el movimiento de voluntad con el que se completa, tras la ideación y deliberación, el proceso interno del sujeto que va a realizar una determinada conducta. Ella impulsa psíquicamente el comportamiento concreto que el sujeto decide. En cambio, el propósito mira al fin propuesto, al alcance que se mira con el acto; él fue presentado al sujeto por la ideación inicial y se mantiene como meta perseguida hasta el desarrollo total de la conducta resuelta y ejecutada." 43) De acuerdo con esta explicación, el término "propósito" comprende el "designio", configurado por la "ideación" y "deliberación", mismo que constituye el elemento intelectual; comprende asimismo a la "resolución", que es el elemento volitivo; y, finalmente, en el término "propósito" se incluye también el fin propuesto con la ideación y la resolución. En otras palabras, la "unidad de propósito delictivo" significa un querer, desde un inicio, previa ideación y deliberación, un determinado resultado y resolverse a ejecutar ese querer en forma fraccionada, es decir, a través de diversas acciones u omisiones, como un mero medio para su consecución.

Así como debe distinguirse la continuación del propósito genérico de vivir delinquiendo, también debe distinguirse de la habitualidad, y no debe confundirse con la causa de delinquir (empleado que roba para pagar unos gastos médicos y cuando estos se vuelven a dar, vuelve a robar) ni con la analogía de ocasión para cometer el delito. En síntesis, en la determinación de este elemento subjetivo debe tenerse en consideración la "total personalidad" del sujeto. 44)

c) Unidad de precepto legal violado

Este requisito significa que las diversas conductas han de ser constitutivas del mismo delito. La generalidad de la doctrina rechaza la continuidad entre delitos diferentes (robo, abuso de confianza, despojo), pero sí la admite entre conductas que configuran el mismo delito, aunque de diversa gravedad (robo simple y robo calificado).

Únicamente un concurso real homogéneo de delitos es lo que puede configurar el delito continuado, siempre y cuando concorra el elemento subjetivo: la unidad de propósito delictivo.

La unidad de precepto o norma puede o no coincidir con la identidad de artículo penal. Una misma norma puede estar contemplada en más de un artículo y un mismo artículo puede contener más de dos delitos. Por tanto, "unidad de precepto" no puede identificarse con la "unidad de artículo".

La unidad de precepto legal no debe identificarse con la homogeneidad del bien jurídico lesionado, dada la amplitud de esta noción jurídica. Por ejemplo, la propiedad, considerada como bien jurídico tutelado, puede ser objeto de diversos delitos, ta-

les como el robo, el fraude, el abuso de confianza y el despojo.

La mayoría de los doctrinarios afiliados a la teoría -- subjetivo-objetiva, siguiendo a Manzini, entiende que la unidad -- del precepto penal violado se refiere a la "norma incriminadora -- principal" la que es comprensiva de las disposiciones "integran-- tes o complementarias". Se considera que tienen tal carácter, las disposiciones relativas a la tentativa, al concurso de delitos y de personas y a las circunstancias agravantes y atenuantes. 45)

Antolisei hace la siguiente aclaración: "Añadamos que -- cuando un artículo del Código contempla alternativa o acumulativa -- mente varias hipótesis, estableciendo para todas el mismo trata-- miento penal, la norma incriminadora violada es una solamente, -- mientras que si el artículo prevé varias hipótesis con penalida-- des diversas, deberán considerarse violadas varias normas incriminadoras, a no ser que la hipótesis sancionada con una pena mayor no se deba considerar, por sus caracteres intrínsecos, como una -- forma agravada de la otra." 46)

En nuestra opinión, la determinación de lo que debe entenderse por "unidad de precepto legal" y su equivalencia o no -- equivalencia a la "unidad de norma", dependerá de lo que se en-- tienda por "precepto", "norma" y "tipo". Consideramos que "unidad de precepto" implica "unidad de tipo". 47)

El tipo siempre contempla un delito, así es que no puede pensarse que la ley admita la continuación entre delitos diferentes. ¿Pero si la admite entre tipos complementados, sean cualificados o sean privilegiados? De acuerdo con el criterio doctrinal si es admisible la continuación en este caso, pero en la ley

no encontramos ningún elemento objetivo para dar una respuesta positiva. En nuestra opinión no es admisible la continuación en el caso de que el sujeto esté realizando el último robo de los programados y al ser descubierto emplee la violencia para poder conseguir su propósito, porque esto implica una nueva resolución diferente al "dolo unitario" de querer robar. A menos de que el juez aceptara como cierta la versión que, en su caso, diera el sujeto activo en el sentido de que al decidirse a robar se decidió también a ejercer violencia, si era necesario. Este problema se salva si se incluyen en la ley los requisitos antes señalados, en el entendido de que en la hipótesis que nos ocupa, es evidente que con la violencia se rompe la homogeneidad de la ejecución.

Si el criterio del legislador fuera en el sentido de que exista continuación entre delitos simples y agravados, que así lo diga expresamente, como se hizo en el Código Penal italiano de 1930.

3.2. Elementos "secundarios" del delito continuado

Muchos autores coinciden en señalar que en relación -- con estos elementos no se pueden dar reglas "a priori" y que su concurrencia y evaluación debe dejarse al criterio judicial. Estamos de acuerdo con esta opinión; no obstante, esto no es suficiente para negar la conveniencia de su enunciación en la ley y su consideración como elementos indiciarios de la continuidad -- por encima de los cuales siempre estaría la unidad en el propósito delictivo, es decir, que en el caso de que algunos de estos elementos indiciarios no concurriera, la continuidad delictuosa

no quedaría desvirtuada si por otros medios se prueba plenamente la unidad de propósito delictivo.

Como puede apreciarse, estos elementos secundarios jugarían el papel, en estricto rigor, de indicios de la existencia de la unidad de propósito delictivo, con la calidad de presunciones juris tantum.

a) La unidad o pluralidad del sujeto pasivo.

En relación con el sujeto pasivo del delito continuado, existen tres posiciones: unos admiten la pluralidad, otros exigen la unidad, y una tercera posición ecléctica, que es la predominante, considera necesaria la unidad del sujeto pasivo cuando con el delito se lesionan bienes de naturaleza personal como la vida, la integridad personal, el honor, el pudor, etc. En todos los demás casos admiten la pluralidad de los sujetos pasivos.

Liszt señala que están exceptuados de la continuidad aquellos delitos que se cometen en contra de bienes jurídicos -- que sólo pueden ser lesionados en la persona de su titular. Entendemos que se refiere a los delitos en los que el objeto material del delito es la persona portadora del bien jurídico tutelado. Por eso afirma Liszt que el delito continuado sólo puede producirse cuando el bien atacado por el delito y su titular son separables. 48)

Manzini se muestra partidario del criterio ecléctico, pero con la reserva de que la cuestión no puede ser resuelta "a priori", pues todo depende en determinar si el reo ha podido o no mantener la identidad de designio criminoso. Creemos que, en

parte, tiene razón Manzini, pues en contra de quienes piensan - que sí puede haber unidad de propósito en el robo, por ejemplo, y no puede haberlo en el homicidio, nosotros somos de la opinión de que en este último caso sí puede haberlo. Cuestión muy diferente es determinar si existen suficientes razones de política criminal para determinar si en este delito y en los otros que -- atacan bienes personales puede darse la continuidad. En el derecho mexicano, desde el momento en que el legislador no hace ninguna distinción, debemos concluir que acepta la unidad y la pluralidad de sujeto pasivo en todos los delitos.

Se argumenta que mientras el que con una resolución -- única decide robar cien cosas, tiene conciencia de un solo delito, ya sea que se apodere de ellas de una sola vez, ya sea que lo haga en varias ocasiones; el que con una resolución única decide matar a más de una persona tiene la conciencia de más de un delito. ⁴⁹⁾ Empero, no se encuentran en la doctrina argumentos convincentes para excluir la unidad de propósito en los delitos que atacan bienes personales. Creemos que puede existir esa unidad de propósito en la mente del individuo al que de pronto le avisan que acaban de matar a su hermano: deja su actividad intermitentemente y se lanza a la persecución del o los homicidas con un solo propósito en la mente: la venganza; sin importarle cuántos y quiénes hayan sido los matadores. Encuentra a uno de ellos en el mismo lugar de los hechos y ahí mismo consuma su venganza. Al otro lo encuentra después de unas horas y lo priva de la vida. Antolisei y Carrara opinan de manera semejante. ⁵⁰⁾

El caso del homicidio de los adúlteros sorprendidos --

"in fraganti" por el ofendido, señalado por Manzini, a la luz de la legislación penal vigente en el Distrito Federal no es un delito continuado, pues tiene una regulación específica (art.310).

Soler presenta la siguiente conclusión: "...la unidad de sujeto pasivo no es necesaria para la existencia del delito - continuado; pero cuando el delito se dirige contra los bienes que sólo en la persona de su titular pueden violarse, la diversidad de sujetos pasivos entraña diversidad de resoluciones, que rompen la continuación, salvo alguna rarísima excepción, y salvo -- también cuando el tipo de delito requiera, admita o presuponga -- la pluralidad de sujetos pasivos." 51)

Se pone de manifiesto la inconveniencia de que en la legislación se exija la unidad del sujeto pasivo cuando se lesionan bienes de naturaleza evidentemente personal. Pero alguna --- otra solución debe encontrarse. Es decir, debe haber elementos - objetivos en la ley que sirvan al juzgador para presumir, por lo menos, la existencia de la continuación. Porque en tratándose de los delitos en los que aparentemente es indiferente la unidad o pluralidad de sujetos, también podrían presentarse problemas --- prácticos en algunos casos. Por ejemplo, puede pensarse que existe unidad de propósito (obtener el dinero suficiente para pagar unos gastos médicos) en quien en una misma noche comete tres robos en perjuicio de tres sujetos diferentes. Pero existirán grandes dudas en el caso de quien los comete en un lapso de seis meses y, lo que es más, en lugares muy alejados, aunque demuestre la existencia del hijo enfermo crónico. Nada casual es, en nuestra opinión, que la doctrina objetiva no exija como requisito de

la continuación la unidad del sujeto pasivo, ni la unidad de propósito, pues esta se encuentra implícita en los requisitos que señala. Sin embargo, para salvar la crítica de que ante la ausencia en la ley de tal elemento subjetivo, el delito continuado difícilmente se diferencia del concurso real de delitos, consideramos que es de aceptarse su inclusión como requisito legal, --- aunque (parece un círculo vicioso) para no dejar la demostración de su existencia o inexistencia al dicho del sujeto activo, es conveniente señalar otros requisitos objetivos, de cuya realización se derive esa existencia o inexistencia. 52)

Tales requisitos objetivos son los que analizaremos a continuación.

b) La identidad de ocasión y la homogeneidad de ejecución de las diversas conductas.

Sin duda alguna, la diversidad en la ocasión y en la ejecución de las conductas puede ser indicio de pluralidad de resoluciones o de la existencia del "dolo genérico" de delinquir. No es lo mismo que un empleado de un expendio de vinos y licores robe una botella cada día con el supuesto propósito de reunir una determinada cantidad que necesita, a que un individuo robe diversos establecimientos en días diferentes con el mismo propósito. En el primer caso habría mayores indicios para presumir la existencia del dolo unitario. Pero si cambia la identidad de ocasión, tal presunción se desvanecerá. Por ejemplo, todos los robos los comete al salir de su lugar de trabajo y en el último regresa en la noche, viola las cerraduras y con ayuda de otros sujetos sustrae más de una botella.

c) Conexión adecuada de tiempo y lugar.

La realización de las conductas en tiempos diversos forma parte de la esencia del delito continuado. Pero la comisión de conductas en tiempos y lugares muy distintos puede indicar pluralidad de resoluciones. Por eso resulta conveniente que en la ley se fije como requisito la conexión adecuada entre uno y otro.

Haciendo la glosa del Código Penal Italiano, Antolisei comenta que "El intervalo de tiempo entre las distintas acciones u omisiones puede ser también considerable, dado que el art. 81 no establece limitaciones ni requiere tampoco unidad de lugar e identidad de medios o de otras modalidades de la conducta." 53)

Nosotros concluimos: de acuerdo con esa ley, el intervalo de tiempo puede ser considerable y también puede haber diversidad de medios en la ejecución. Pero no debiera ser así: Se hace evidente la necesidad de que en regulación positiva se incluyan los llamados "elementos secundarios" del delito continuado.

4. Naturaleza

Para responder a la pregunta de qué es el delito continuado, se han elaborado las siguientes teorías;

- a) Teoría de la ficción jurídica o de la unidad ficticia;
- b) Teoría de la unidad real o de la realidad natural;
- c) Teoría de la realidad jurídica.

Conforme a la primera teoría, el delito continuado es un concurso real de delitos que por ficción se convierte en uno solo; la ficción nace de la voluntad del legislador. La segunda

teoría acude al elemento subjetivo como medio de unificación de las distintas conductas, por lo que considera al delito continuado como una unidad real; como un delito solo. 54)

Podríamos decir que para la primera teoría el delito - continuado es un conjunto de delitos que por disposición de la - ley se convierte en un solo delito; en cambio para los partida-- rios de la segunda teoría el delito continuado es único, es uno solo; pero puede fraccionarse y convertirse en un conjunto de de delitos. "El delito continuado, dice Alimena, es único subjetiva-- mente porque la resolución es única, único el dolo y desde el -- primer instante se tiene la representación de todas las acciones sucesivas; único objetivamente porque no importa que la cosa que se quiera obtener se obtenga en una sola vez o en varias veces - sucesivas." 55)

La tercera postura constituye una postura intermedia - más cercana a la teoría de la ficción, como acertadamente apunta Castiñeira. 56) Massari sostiene que "Más que unidad auténtica y real debe hablarse de realidad jurídica. Podría ser una causa de equívoco insistir sobre el concepto de que en el delito continuado se encuentra una unidad simplemente ficticia, porque la unifi cación de los delitos concurrentes, aquí, no se realiza en modo diverso de como acontece para el delito progresivo y para el de- lito complejo. El delito continuado, como el delito progresivo y el delito complejo, encuentra en la Ley su consideración unita-- ria; y con esto basta para considerarlo como una realidad creada por el ordenamiento jurídico." 57)

Evidentemente, de acuerdo con el derecho positivo mexi-

cano, el delito continuado es un concurso real de delitos que, por disposición de la ley, se convierte en uno solo. Pero no se trata de una ficción, sino de una realidad creada en la ley. Es posible que el legislador, en el momento de elaborar la ley, tuviera en la mente la figura de la ficción para hacer de un concurso de delitos un delito único; pero una vez promulgada la ley, resulta que ese delito es una realidad creada por el derecho, no una ficción en el derecho.

5. Otras cuestiones.

5.1. Apoyándonos en la bibliografía citada por Castiñeira y en los ejemplos siguientes, consideramos que sí es factible cometer un delito continuado mediante omisiones: el vigilante que omite toda acción para impedir diversos robos; el servidor público que no otorga la libertad caucional a diversos inculcados, que se abstiene de hacer más de una consignación o que no les toma la declaración preparatoria a diversos inculcados (art. 255, fracciones IX, XI y XIII, del Código Penal); el abogado que se abstiene de defender con toda diligencia a diversos acusados, respecto de los cuales haya aceptado el cargo de defensor (art. 232, fracción III); el abandono de diversas personas (art. 335). Se entiende que en todos estos ejemplos deben concurrir los elementos señalados por la ley para el delito continuado. 58)

5.2. Respecto a la posibilidad de delito continuado de delito permanente debe distinguirse entre el delito "necesariamente permanente" (que se comete con una sola conducta) y el "eventualmente permanente" (que implica una pluralidad de conductas). Respecto al primer caso tal vez cabría aceptar, con Maggiorani,

re, la posibilidad de que una serie sucesiva de raptos o de secuestros configuren un delito continuado. No puede aceptarse esa posibilidad en el segundo caso, en virtud de que tanto el delito "eventualmente permanente" como el continuado implican una pluralidad de conductas. Toda conducta que se efectuara formarfa, parte de la "permanencia" del delito. Cuestión diferente es determinar si el delito "eventualmente permanente" debe ser considerado "necesariamente continuado." 59)

5.3. Respecto al problema de la continuidad y la tentativa, deben distinguirse tres relaciones diferentes: continuidad de tentativa a tentativa; continuidad entre tentativa y consumación, y continuidad entre consumación y tentativa. Puede existir un delito continuado en grado de tentativa, ejemplo: diversas --tentativas de incendio con el propósito de causar daño en propiedad ajena. Puede ser que de cinco incendios, el primero o un intermedio quede en grado de tentativa, hipótesis en la cual, según opinión de Soler, estaremos ante un caso de consunción o absorción. Si la tentativa se da en el último incendio o robo, entonces estaremos ante una relación de continuación. 60)

Ya dijimos que la institución tiene finalidades prácticas y con base en esto es que debe considerarse a las tentativas absorbidas en o en los delitos consumados. En el derecho mexicano la tentativa no implica necesariamente que el agente sea descubierto; por tanto, cabe preguntarse ¿Cuántas tentativas de robo, verbi gracia, pueden quedar impunes por no ser descubiertas?

En consecuencia, cuando todas las conductas queden en

grado, de tentativa, es factible hablar de un delito continuado en grado de tentativa.

El delito será continuado, independientemente de que alguna o algunas de las conductas queden en grado de tentativa. Si hemos de aceptar el criterio de la benignidad, además del de utilidad ya apuntado, como fundamento del delito continuado y si aquel criterio tiene a su vez su fundamento en la unidad de propósito delictivo, resulta inconsecuente que ante la existencia de conductas menos dañosas, como la tentativa, esa benignidad desaparezca y se someta al sujeto a una acumulación de sanciones, a saber: la correspondiente al delito consumado y la correspondiente al delito tentado.

Es indiscutible que la no consumación de algunas de las conductas del agente, por causas ajenas a su voluntad, no hace desaparecer su unidad de propósito delictivo.

Por lo demás, nada de particular tiene que las tentativas se consideren como delitos consumados, dado que finalmente todos esos delitos van a ser considerados como uno solo, al que se le impondrá la sanción correspondiente dentro del mínimo y del máximo contemplado por la ley, aumentada hasta en una tercera parte. En cambio, si consideramos a la tentativa como un delito diferente, nos encontraremos con que el sujeto puede ser sancionado como autor de un delito continuado o de un delito simple (según que haya habido o no más de una conducta consumada) y a esa sanción se le pueden aumentar hasta las dos terceras partes más de la misma. (Ver artículos 63 y 69 del Código Penal).

NOTAS DEL CAPITULO TERCERO

- 1) Cfr. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., p. 384.
- 2) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, t. I., pp. 296 y 297.
- 3) Cfr. Antolisei, Ob. Cit., p. 198; Maggiore, Ob. Cit., t. I; p. 297; Soler, Ob. Cit., t. I, p. 276.
- 4) Cfr. Antolisei, Ob. Cit., p. 196; Pannain, Remo. "Delitos - instantáneos y delitos permanentes". *Criminalia*, XXIII, --- 1957, p. 400.
- 5) Maggiore, Ob. Cit., t. I, p. 296; Pannain, Ob. Cit., p. 400.
- 6) Poletti, Gianni. "La noción jurídica del delito permanen---te". *Criminalia*, XXIV, 1958, pp. 40 y 41.
- 7) Porte Petit, Ob. Cit., pp. 380 a 384; Soler, Ob. Cit., t. I, p. 273.
- 8) Ob. Cit., pp. 139 y 140.
- 9) Ob. Cit., pp. 27 y ss.
- 10) Ob. Cit., pp. 400 y 401.
- 11) Ob. Cit., p. 41.

- 12) Ob. Cit., p. 403.
- 13) Conforme Antolisei, Ob. Cit., pp. 196 y 197; en contra Maggiore, Ob. Cit., t. I, p. 297.
- 14) Maurach, Reinhart. Tratado de derecho penal, t. II, p. 427.
- 15) Citado por Porte Petit, Ob. Cit., pp. 384 y 385.
- 16) Cfr. Porte Petit, Ob. Cit., p. 392.
- 17) Citado por Porte Petit, Ob. Cit., p. 392.
- 18) Porte Petit, Ob. Cit., p. 388.
- 19) Ob. Cit., p. 405.
- 20) Ob. Cit., t. II, p. 351.
- 21) Ob. Cit., p. 378.
- 22) Cfr. Carrara, Ob. Cit., t. I, p. 343.
- 23) Cfr. Correa, Ernesto. El delito continuado, p. 19.
- 24) Ob. Cit., t. II, pp. 336 y 337.

- 25) Cfr. Correa, Ob. Cit., p. 22; Soler, Ob.Cit.,t. II, p. 337.
- 26) Ob. Cit., t. I, p. 348 y ss.
- 27) Cfr. Novoa Monreal, Eduardo. "El delito continuado en Chile". Revista de Ciencias penales, t. XXIII, No.2, pp. 145 y 146.
- 28) Castiñeira, Marfa T. El delito continuado, p. 21.
- 29) Cfr. Maggiore, Ob. Cit., t. II, pp. 172 y 173; Camaño Rossa, Antonio. "Delito continuado". Revista de derecho público y privado, año XV, No. 163, 1952, pp. 18 y 20; Estrada Ojeda, Eduardo. "Delito continuado". Revista jurídica veracruzana, t. IX, No. 2, 1958, pp. 120 y 145 y ss. La información relacionada con los códigos penales de latinoamérica comprende hasta el año de 1958, ya que fue obtenida de la monografía de Estrada Ojeda, publicada en ese año.
- 30) Ob. Cit., t. II, pp. 432 y 433; Véase también: Camargo Hernández, César. "El concepto de delito continuado en el ante proyecto del Código Penal Mejicano de 1949". Información jurídica, No. 95, 1951, p. 358, y Novoa Monreal, Ob.Cit.,p.143.
- 31) Ob. Cit., t. II, p. 358.
- 32) Ob. Cit., p. 358.

- 33) Ob. Cit., t. II, p. 355.
- 34) Citado por Novoa Monreal, Ob. Cit., p. 142.
- 35) Ob. Cit., p. 161.
- 36) Ob. Cit., pp. 358 y 362.
- 37) Cfr. Porte Petit, Ob. Cit., pp. 287 y ss.
- 38) Cfr. Antolisei, Ob. Cit., p. 377; Camargo Hernández, Ob. -
Cit., p. 359; Carrara, Ob. Cit., t. I, p. 352.
- 39) Cfr. Carrara, Ob. Cit., t. I, p. 353.
- 40) Conforme Maggiore, Ob. Cit., t. II, p. 174 y Mezger, Ob. -
Cit., t. II, p. 355; en contra Maurach, Ob. Cit., t. II, -
p. 433. Maggiore señala que Manzini, siguiendo a Liszt ---
"...pone como ejemplo hipotético del delito culposo conti-
nuado el hecho del chofer que, corriendo imprudentemente -
de noche, atropella sin darse cuenta a una persona, y poco
después, persistiendo en el mismo hecho, contrario a los -
reglamentos, atropella a otra persona; o el cocinero del
hotel que emplea varias veces un utensilio de cobre mal es-
tañado, repitiendo el mismo hecho culposo". Maggiore se --
pregunta: ¿dónde está en estos casos la unidad de designio?
Ob. Cit., t. II, p. 174. Véase también: Castiñeira, Ob. Cit.,
pp. 137 y 138.

- 41) Citado por Baquero Borda, Hernando. "El delito continuado".
Revista del Colegio de Nuestra Señora del Rosario, Año LIII.
Nos. 447-448, p. 139.
- 42) Ob. Cit., t. II, pp. 179 y 180.
- 43) Ob. Cit., p. 142.
- 44) Cfr. Soler, Ob. Cit., t. II, pp. 346 y 347.
- 45) Cfr. Antolisei, Ob. Cit., pp. 378 y 379; Baquero Borda, Ob.
Cit., p. 137.
- 46) Ob. Cit., p. 379.
- 47) Cfr. Capítulo Primero, numerales 3 y 5 del apartado I.
- 48) Cfr. Camargo Hernández, Ob. Cit., pp. 364 a 366.
- 49) Cfr. Soler, Ob. Cit., t. II, pp. 354 y 355.
- 50) Antolisei, Ob. Cit., p. 380; Carrara es citado por Soler,
pp. 353 y 354, t. II.
- 51) Ob. Cit., t. II, pp. 356 y 357.
- 52) Cfr. Maurach, Ob. Cit., t. II, p. 433 y ss; Mezger, Ob. --
Cit., t. II, p. 356 y ss.

- 53) Ob. Cit., p. 377.
- 54) Cfr. Soler, Ob. Cit., t. II, pp. 340 y 341.
- 55) Citado por Camaño Rosa, Ob. Cit., p. 23.
- 56) Ob. Cit., p. 18.
- 57) Citado por Estrada Ojeda, Ob. Cit., p. 126; Cfr. Maggiore, Ob. Cit., t. II, p. 173.
- 58) Cfr. Castiñeira, Ob. Cit., pp. 45 y ss.
- 59) Cfr. Supra, numerales, 2.1. y 4 del apartado I de este mismo capítulo.
- 60) Cfr. Antolisei, Ob. Cit., p. 37; Carrara, Ob. Cit., t. I, p. 348; Castiñeira, Ob. Cit., p. 88; Maggiore, Ob. Cit., - t. II, p. 177; Soler, Ob. Cit., t. II, p. 352.

C O N C L U S I O N E S

1. El derecho es el conjunto de normas que el poder público - pone en vigencia en un lugar y espacio determinados, de - conformidad con los procedimientos señalados en la norma - fundamental del orden jurídico o Constitución.

2. Un conjunto de normas que, además de positivas o vigentes, son intrínsecamente valiosas y eficaces, constituye el - ideal del derecho. Sin embargo, si alguna norma jurídica carece de validez intrínseca o de cierta dosis de eficacia, no puede negarse que tenga tal calidad jurídica y que sea formalmente válida.

3. "Ley" y "derecho" tienen un significado idéntico de conjunto de normas jurídicas. En algunas ocasiones y con las debidas reservas, usaremos el término "ley" como sinónimo de "norma".

4. Damos a los términos "norma jurídica" y "precepto jurídico" el mismo significado. La norma o precepto penal es la disposición jurídica que prohíbe u ordena determinadas conductas y señala la sanción correspondiente para el caso de que se realice la conducta contraria a la ordenada o prohibida. Esa norma o precepto puede estar contenida en un solo artículo del Código Penal o en más de uno.

5. El precepto jurídico puede expresarse de la forma siguiente: "A debe ser; si A no es, entonces debe ser B". En este esquema "A" representa la conducta establecida como de bida por el orden jurídico; es la conducta esperada (acción u omisión) por el poder público; es la conducta que realiza el estado social que el orden jurídico tiene como fin. "B" representa el acto coactivo señalado como consecuencia de la conducta contraria a la esperada por el poder público. En algunas normas la conducta ordenada o pro hibida está señalada expresamente, mientras que la anti ju r d i c a se sobreentiende. En otras, la conducta contraria a derecho es la que está formulada expresamente (caso de -- las normas penales), mientras que la prohibida u ordenada (la esperada por el poder público; la que se considera -- conforme a derecho) se entiende contenida implícitamente.
6. Lo que Binding y Mayer llaman "norma" está contenida en el "A debe ser" y lo que designan como "ley" equivale al "si A no es" del esquema que proponemos. La "norma" contiene el deber, la conducta esperada por el poder público; la "ley" contiene la conducta contraria, a la que se conmina con una sanción. Por esta razón es que esos autores afirman que el delito no infringe ni viola la "ley", sino a la "norma", que para Binding es "jurídica" y para Mayer es de "cultura".
7. Todas las normas, incluidas las jurídicas, establecen debe

res. Norma es lo que establece un deber.

"...Que alguien tiene un deber jurídico de comportarse de una determinada manera quiere decir que se halla situado - en relación con la norma de tal modo que, si no se conduce según lo determinado por la norma, podrá o deberá ser objeto de un acto de coerción impositiva de carácter inexorable. O, lo que es lo mismo; la existencia del deber jurídico se determina por virtud de que la violación de la conducta en aquél señalada constituye el presupuesto de una sanción jurídica, esto es, el supuesto de una de las formas de la coercitividad inexorable.

"Donde no sea posible, a tenor de lo dispuesto por el orden jurídico, el imponer una coacción inexorable al sujeto, entonces es evidente que éste no tiene un deber jurídico. Podrá tener un deber moral de rango superior, o un deber social, o un deber religioso de comportarse de una determinada manera; pero en caso de que si no lo hace no pueda ser objeto de una sanción, entonces no tiene propiamente un deber jurídico."

8. El deber jurídico implica la existencia de la amenaza (por parte del orden jurídico) de una sanción, para el caso de que se realice la conducta contraria a la estatuida por ese deber. Esta conducta contraria al deber jurídico (condición para la aplicación de la sanción jurídica) es lo que configura la llamada conducta antijurídica.

Podemos decir que la antijuridicidad es lo "contrario a -

derecho" o que es una "violación de la norma jurídica". Pero para ser más precisos debemos decir que lo antijurídico es lo contrario al deber jurídico contenido en la norma.

9. Lo que la doctrina llama "tipo penal" corresponde a la parte de la norma que dice si "A no es" (la conducta contraria a la esperada por el legislador; la conducta contraria a derecho en cuanto que es contraria al deber establecido por la norma). En consecuencia, estamos de acuerdo con Mezger en que el tipo es el fundamento real y de validez de la antijuricidad.
10. La tipicidad es la adecuación o encuadramiento de una conducta concreta a lo prescrito por el tipo. Por tanto, desde el momento mismo en que hay tipicidad, han antijuricidad en virtud de que el tipo lo que contiene es una conducta antijurídica, la que a su vez recibe tal calidad del hecho de estar prevista como condición para la aplicación de una sanción. La tipicidad y la punibilidad implican la antijuricidad. Por eso, podemos decir que toda conducta típica es antijurídica, salvo que concorra una causa de justificación o de licitud.
11. Conducta típica desde un punto de vista penal, es una conducta que se encuentra prevista en la norma penal como condición de una sanción, y en este sentido es una conduc

ta antijurídica, ilícito penal o delito. Si decimos que el delito es una conducta antijurídica penalmente, con esto queremos decir que es una conducta que se encuentra tipificada en una ley penal como condición de una sanción.

12. Dicho de otra forma: el delito es una conducta tipificada y sancionada por la ley penal. También podemos decir que el delito es una conducta antijurídica desde un punto de vista de la ley penal. La antijuridicidad implica la tipicidad y la punibilidad y viceversa: toda conducta típica y punible es una conducta antijurídica, salvo que concurra una causa de justificación o de licitud.
13. La sanción penal es denominada punibilidad; este concepto no significa que una conducta pueda ser susceptible de pena; con él se expresa que una conducta está conminada con una pena en las leyes vigentes.
14. La punibilidad es elemento esencial del delito. Ya dijimos que la conducta antijurídica es la contraria al deber jurídico contenido en la norma y que ese deber no puede existir si la conducta ordenada o prohibida no está conminada con una sanción. Es decir, conducta antijurídica es una conducta típica y punible. Una conducta, para ser delito, además de culpable, debe ser antijurídica. Para ser antijurídica, además de típica debe ser punible; esto es, debe estar prevista en la ley como condición de una -

sanción.

15. La punibilidad comprende tanto las penas como las medidas de seguridad que estén previstas como consecuencia del delito. En este sentido, tanto unas como otras tienen el carácter de sanción.
16. Además de sanción penal, el término "medida de seguridad" tiene las siguientes acepciones:
- a) Medidas que se aplican a los inimputables; mismas que no pueden considerarse como sanción porque esta implica la existencia del delito y en el caso concreto, la inimputabilidad es causa de inexistencia del mismo.
 - b) Medidas concretas previstas en determinadas leyes para prevenir el delito en sujetos que no han delinquido, pero que se encuentran en circunstancias que favorecen la delincuencia (niños abandonados, vagos y malvivientes, prostitutas, etc.)
 - c) En un sentido amplísimo, el término se usa para designar todo tipo de medidas genéricas que pueden incidir en la prevención de la delincuencia, tales como las campañas de desarme; un mejor adiestramiento y equipamiento de la policía preventiva, etc.

Con el objeto de evitar confusiones, consideramos que el término debe limitarse a ciertas medidas aplicables a los delincuentes normales y las aplicables a los inimputables, de conformidad con la ley penal.

17. Se confunde la naturaleza de la pena con los fines que esta debe perseguir. La pena es, por naturaleza, castigo; - misma que no cambia con o por las finalidades que el Estado persiga con el sistema penal. Lo mismo puede decirse - de la medida de seguridad, independientemente de su mayor o menor aflictividad y de que hayan nacido con la finalidad expresa de prevenir el delito. Solamente las medidas de seguridad aplicables a los inimputables no tienen una naturaleza retributiva.

18. Tanto las penas como las medidas de seguridad deben tener como finalidad la represión y la prevención de los delitos. La primera está en función de la gravedad del delito y la segunda en función de la peligrosidad del agente. Este es el criterio que adopta el Código Penal vigente en - el Distrito Federal en sus artículos 51 y 52.

19. La prevención es de dos tipos: la general, que actúa sobre los individuos propensos a la delincuencia y que es realizada de mejor manera por las penas. La prevención especial tiene como propósito evitar que el delincuente reincida.- Se afirma que este tipo de prevención es efectuado con mayor eficacia por las medidas de seguridad.

20. De las sanciones previstas en la ley vigente, la doctrina es acorde en señalar el carácter de pena a la prisión y a la sanción pecuniaria; algunos señalan el carácter de pe-

na también a la publicación de sentencia y al confinamiento.

21. El Código Penal para el Distrito Federal no distingue entre penas y medidas de seguridad y de entre éstas no dice cuáles tienen el carácter de sanción y cuáles no. Para los efectos del principio de legalidad previsto en el artículo 14 Constitucional, mientras no exista una regulación expresa, toda medida que se aplique como una consecuencia del delito debe ser considerada como pena, lo que trae como resultado que únicamente tengan el carácter de medidas de seguridad las previstas para los inimputables.
22. Del delito se han dado definiciones filosóficas, jurídicas, naturales y sociológicas. Los dos primeros tipos fueron propuestos por los doctrinarios agrupados en la llamada "Escuela Clásica". Las definiciones naturales y sociológicas fueron propuestas por los tratadistas agrupados en la denominada "Escuela Positivista".
23. Desde un punto de vista filosófico, el delito puede ser definido como la violación de un deber necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal.
24. El delito presenta dos aspectos: Uno de la naturaleza y otro jurídico: Del primero se ocupan ciencias causales explicati

vas como la criminología, que tratan de encontrar las causas internas y externas del delito. A este tipo de ciencias corresponden las definiciones "naturales" y "sociológicas" del delito.

Del aspecto jurídico se ocupa la ciencia del derecho penal, que tiene como objeto dar una definición desde un punto de vista estrictamente normativo, haciendo abstracción de explicaciones causales.

25. La definición jurídica tiene sus antecedentes en las ideas de algunos penalistas "clásicos". Tal como es concebida en la actualidad, esta definición se divide en formal y substancial. Esta última es llamada por algunos autores definición dogmática del delito.

26. De conformidad con la definición formal, el delito es una conducta punible. En contra de esta definición se argumenta que no describe la esencia, la naturaleza del delito. Tal función la colma la definición substancial.

En razón de que algunos autores extraen de la parte general del Código Penal los llamados elementos esenciales del delito, llaman a la definición obtenida mediante este procedimiento, definición dogmática del delito.

27. De acuerdo con la definición formal del delito, los elementos de éste son la conducta y la punibilidad. Conforme a la definición dogmática, tales elementos, son los sí---

güentes: conducta o hecho; tipicidad; antijuridicidad; - imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad.

A cada uno de esos elementos corresponde un aspecto negativo, que se traduce en la ausencia de los mismos, a saber: ausencia de conducta; ausencia de tipicidad (atipicidad); ausencia de imputabilidad (inimputabilidad); ausencia de culpabilidad (inculpabilidad); ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y ausencia de punibilidad (excusas absolutorias).

28. No todos los doctrinarios están de acuerdo en que los siete elementos antes enumerados forman parte de la esencia o naturaleza del delito. Esto da lugar a concepciones bitómicas; tritómicas; tetratómicas, heptatómicas, hexatómicas y heptatómicas, según sea el número de elementos que cada autor atribuya al delito.
29. Nuestra definición del delito (conducta antijurídica y culpable), implica que los elementos son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. La tipicidad y la punibilidad no son mencionadas en la definición debido a que están incluidas en la antijuridicidad. Consideramos a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad como requisitos de procedibilidad de la acción penal.

30. De los artículos 7º y 8º del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se derivan los siguientes elementos del delito:
- a) Conducta, consistentes en una acción u omisión contrarias al deber jurídico.
 - b) Tipicidad: adecuación de una conducta concreta a la descripción contenida en el tipo.
 - c) Antijuridicidad: oposición de la acción u omisión punibles a lo que la norma penal manda o prohíbe, sin que medie una causa de justificación.
 - d) Culpabilidad, que consiste en la manifestación de voluntad para efectuar la conducta, lo que a su vez presupone capacidad de querer y entender en el agente.
 - e) Punibilidad, consistente en la sanción que contemplan las normas penales para el acto u omisión típicos.
31. La clasificación del delito en instantáneo, continuo o permanente, y continuado fue incluida en el Código Penal del Distrito Federal con las reformas que entraron en vigor en el año de 1984.
32. Existen antecedentes de esta regulación en las legislaciones de algunas entidades Federativas y en los Anteproyectos de Código Penal para el Distrito Federal de los años de 1949 y 1958, así como en el Código Penal tipo para la República Mexicana del año de 1963.

33. La distinción entre delito instantáneo y delito permanente interesa en forma particular respecto de los siguientes temas: prescripción de la acción penal; determinación de la competencia territorial; sucesión de leyes; legítima defensa y concurso de personas.
34. En la distinción entre delitos instantáneos y delitos permanentes debe tenerse presente el criterio de la permanencia de la conducta antijurídica que genera un estado antijurídico perdurable o permanente.
- Ese estado antijurídico consiste en seguir haciendo o no haciendo lo que está prohibido o mandado por la ley. Por ejemplo: una cosa es favorecer la fuga de un preso y otra es estar o continuar favoreciendo esa fuga. El delito permanente implica estar o no estar haciendo algo. Su concepto no se determina por la permanencia de los efectos, sino por la permanencia de la conducta antijurídica. La conducta puede cesar y los efectos permanecer.
35. El delito permanente se clasifica en "necesariamente permanente" y "eventualmente permanente".
36. Un aspecto importante en la distinción entre delito instantáneo y delito permanente es el referido a la unidad o pluralidad de conductas en este último. Respecto del delito instantáneo no cabe duda que se comete con una so la conducta.

De acuerdo con los ejemplos de delito permanente que señala la doctrina (secuestro, usurpación de funciones, adulte río con un mismo sujeto), debemos concluir que este delito puede cometerse con una sola conducta (secuestro) o con -- una pluralidad de ellas (usurpación de funciones) y de --- acuerdo con la ley mexicana debe concluirse que cada una - de esas conductas configura el delito. Esto es, basta una sola conducta para que se configure el delito; las sucesivas serán simples repeticiones del mismo. Podemos decir - que en este caso estamos ante una pluralidad de delitos -- que la ley considera como uno solo. Ejemplo, un individuo que se hace pasar como inspector de diversas Secretarías - de Estado con el objeto de extorsionar a diversos comer--- ciantes.

37. Al delito cuya conducta única se prolonga, corresponde la - clasificación de delito "necesariamente permanente". A los delitos cuyas diversas consumaciones instantáneas son consideradas por la norma como una sola consumación prolongada, corresponde la clasificación de delito "eventualmente permanente".
38. Mientras que el delito "habitual" requiere de la repeti--- ción de conductas para que el delito se configure; el deli--- to "eventualmente permanente" no requiere de esa repeti--- ción; ya dijimos que desde la primera conducta el delito - puede quedar plenamente integrado y que en el caso de que

esa conducta se repita, el conjunto de delitos es considerado por la ley como una sola consumación que se prolonga y, por tanto, como un solo delito.

39. El delito eventualmente permanente requiere que en el tipo se contemple a la repetición de una misma conducta como -- configurativa de uno solo y el mismo delito, en el entendido de que cada una de esas conductas es integrativa del delito de que se trate. Ejemplo: si de diez usurpaciones, solamente la última es denunciada y probada: esto es sufi---ciente para aplicar la sanción correspondiente.

Si el tipo no contempla esta posibilidad de repetición de la conducta y esa repetición se da, entonces estaremos ante un concurso real homogéneo de delitos o ante un delito continuado. V.gr.: el tipo que describe el delito de robo - no admite la posibilidad implícita de que una pluralidad - de acciones, esto es, una pluralidad de robos, de lugar a un solo delito de robo, sin perder de vista que es una cosa muy diferente la pluralidad de actos configurativos de una misma acción.

40. Si hubiéramos de concluir que en la normatividad penal no existen elementos suficientes para fundar la interpreta--ción antes expuesta en relación con el delito "eventualmente permanente", entonces habría que sustituir esta categoría por la de delitos "necesariamente continuados" y afirmar que delito permanente es únicamente aquel cuyo tipo --

describe una sola conducta antijurídica susceptible de permanecer en el tiempo por más o menos tiempo y que toda pluralidad de conductas que impliquen una pluralidad de delitos que por disposición de la ley se convierten en uno solo, configura un delito continuado.

41. Sin embargo, consideramos que aquéllos tipos penales que contienen expresiones tales como "el que habitual o accidentalmente haga o deje de hacer" o "el que por una ocasión o en más de una ocasión haga o no haga", prevén un delito "eventualmente permanente", en virtud de que para ellos es indiferente la unidad o la pluralidad de conductas para la configuración del delito. En aquellos tipos de cuya redacción no pueda desprenderse que la pluralidad de conductas da lugar a un solo delito, debe entenderse que se contempla un delito instantáneo y que la repetición de la conducta prevista dará lugar a un concurso homogéneo de delitos o a un delito continuado.

42. El delito "necesariamente permanente" tiene un período con sumativo que abarca un momento inicial, un intermedio y uno final. En el primero se comprime el bien jurídico protegido por la ley; el segundo momento va de la comisión del bien hasta la cesación del estado antijurídico y el último momento consiste en dicha cesación.

Respecto del delito "eventualmente permanente" podemos decir que existe una pluralidad de consumaciones que por dis

posición de la ley es tenida como una sola consumación - prolongada en el tiempo.

43. Los antecedentes más ciertos y remotos del delito continuado, los encontramos en los glosadores y postglosadores y en el Práctico italiano Farinaccio, quien acudió a la institución para evitar la pena de muerte para el autor - de un tercer hurto cometido en forma continuada.

44. La primera regulación positiva del delito continuado data de principios del siglo pasado. A partir de ésta, hasta nuestros días, con la institución se ha tratado de evitar la acumulación de sanciones.

Al Código Penal vigente en el Distrito Federal, promulgado en 1931, se incorporó la regulación de este delito con las reformas del año de 1984. Tiene antecedentes en los Anteproyectos del mismo ordenamiento, que datan de los años de 1949 y 1958, así como en el Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

Pese a sus deficiencias, la definición incorporada con las reformas de 1984, posee una mejor técnica legislativa.

45. Como fundamento del delito continuado, se señalan el beneficio del reo y razones de orden práctico del legislador para evitar que, por dificultades procesales, algunas conductas queden sin sancionar.

46. Sin embargo, bien por otras cosas, el delito continuado no tiene como fundamento la "benignidad" ni tiene como finalidad el mero beneficio del reo. Con la institución se persigue evitar la imposición de sanciones injustas - por excesivas.
- Es de justicia que si una pluralidad de conductas, cometidas bajo determinadas circunstancias, debe considerarse como un solo delito, así debe sancionarse, si bien con una punibilidad agravada, pero que siempre debe ser más benigna que la aplicable al concurso de delitos.
47. La institución debe ser regulada en forma minuciosa para evitar que bajo ella se cobijen verdaderos concursos de delitos; lo que de producirse, evidentemente resultaría contrario a su finalidad. La regulación incorporada al Código Penal para el Distrito Federal es, en nuestra opinión, deficiente, pues de conformidad con ella basta la unidad de propósito delictivo para considerar que un concurso real de delitos homogéneo es un delito único, y dado que el "propósito único" es un elemento subjetivo o psicológico, su existencia o inexistencia dependerá básicamente de lo que diga el inculpaado. En la Ley están ausentes los elementos objetivos suficientes para presumir, por lo menos, la existencia de ese factor.
48. El legislador penal del Distrito Federal se afilia a la teoría subjetivo-objetiva y señala los siguientes elemen-

tos del delito continuado:

- a) Pluralidad de conductas;
- b) Unidad de propósito delictivo
- c) Violación del mismo precepto legal.

Además de éstos, la doctrina señala otros elementos que llama "secundarios", algunos de los cuales coinciden con los elementos que preconiza la teoría objetiva y que, en nuestra opinión, debieron quedar regulados en la ley. Tales elementos se refieren a lo siguiente:

- a) Unidad o pluralidad de sujeto pasivo;
- b) La identidad de ocasión y la homogeneidad de ejecución de las diversas conductas;
- c) Conexión adecuada de tiempo y lugar.

Los dos últimos elementos pudieron haber quedado como elementos indiciarios de la continuidad, por encima de los cuales siempre estaría la unidad de propósito delictivo; es decir, que en el caso de que alguno de estos elementos indiciarios no concurriera, la continuidad delictiva no quedaría desvirtuada si por otros medios se probara plenamente la unidad de propósito delictivo.

49. Cada una de las conductas configura el delito de que se trata.

El tipo requiere de una pluralidad de acciones o de omisiones, no de actos. Estos son segmentos de aquéllos.

50. Para designar el elemento subjetivo, la doctrina ha usa--

do, entre otras, las siguientes expresiones: "Unidad de - resolución"; "unidad de designio" y "unidad de propósito". De las tres, consideramos más apropiada la última, en virtud de que el término "propósito" comprende el designio, configurado por la ideación y deliberación, lo que constituye el elemento intelectual; comprende, asimismo, a la resolución, que es el elemento volitivo; y, finalmente, en el término "propósito" se incluye también el fin propuesto con la ideación y la resolución.

La "unidad de propósito delictivo" significa un querer, - desde un inicio, previa ideación y deliberación, un determinado resultado y resolverse a ejecutar ese querer en - forma fraccionada, es decir, a través de diversas acciones u omisiones, como un mero medio para su consecución. Lo anterior implica que no puede existir delito continuo do culposo.

51. "Unidad de precepto legal" significa que las diversas conductas han de ser constitutivas del mismo delito: Únicamente un concurso real homogéneo de delitos es lo que puede configurar el delito continuado, siempre y cuando concurra la unidad de propósito delictivo.

"Unidad de precepto" implica "unidad de tipo". El tipo - contempla siempre un delito, así es que no puede pensarse que la ley admita la continuación entre delitos diferentes. En algunos casos no es admisible la continuación en-

tre delitos de diversa gravedad, dado que en ellos se rompe la homogeneidad en la ejecución de la conducta, misma que debe ser tenida como un indicio de la unidad de propósito delictivo. No es admisible la continuación en el caso en el que el sujeto esté realizando el último robo de los programados y al ser descubierto emplea la violencia para poder conseguir su propósito.

52. La unidad de sujeto pasivo no es necesaria para la existencia del delito continuado.
53. La diversidad en la ocasión y en la ejecución de las conductas puede ser indicio de pluralidad de resoluciones o de la existencia del "dolo genérico" de delinquir. No es lo mismo que un empleado de un expendio de vinos y licores robe una botella cada día con el supuesto propósito de reunir una determinada cantidad que necesita, a que un individuo robe diversos establecimientos en días diferentes con el mismo propósito. En el primer caso habría mayores indicios para presumir la existencia de dolo unitario. Pero si cambia la identidad de ocasión, tal presunción se desvanecerá. Por ejemplo, todos los robos los comete al salir de su lugar de trabajo y en el último regresa en la noche, viola las cerraduras y con ayuda de otros sujetos sustrae más de una botella.

54. La realización de las conductas en tiempos diversos forma parte de la esencia del delito continuado. Pero la comisión de conductas en tiempos y lugares muy distintos puede indicar pluralidad de resoluciones. Por eso resulta conveniente que en la ley se fije como requisito la conexión adecuada entre uno y otro.
55. El delito continuado es un concurso real homogéneo de delitos que, por disposición de la ley, se convierte en uno solo. Ese delito es una realidad creada por el derecho, no una ficción en el derecho. Tal es su naturaleza.

B I B L I O G R A F I A

1. Abarca, Ricardo. El derecho penal mexicano. México, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, s.a.
2. Abbagnano, Nicola. Diccionario de Filosofía (Tr. Alfredo N. Galletti). México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
3. Antolisei, Francesco.- Manual de derecho Penal. Parte General (Tr. Juan del Rosal y Angel Torio). Buenos Aires, -- Uteha, 1960.
4. Brugger, Walter et al. Diccionario de Filosofía (tr. José María Vélez Cantarelli). Barcelona, Herder, 1978.
5. Carrancá y Rivas, Raúl. El drama penal. México, Porrúa, - 1982.
6. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano (Parte General). México, Porrúa, 1982.
7. Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte -- General. (Traducción de José J. Ortega Torres). Bogotá -- Temis, 1956, (2v).
8. Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal (Parte General). México, Porrúa, 1984.

9. Castiñeira, Marfa T. El delito continuado. Barcelona, -- Bosch, 1977.
10. Cera Alonso, Manuel de la. El concepto de delito analizado según la teoría pura del derecho. México, s.e., 1954.
11. Colín Sánchez, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. México, Porrúa, 1974.
12. Correa, Ernesto. El delito continuado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s.a.
13. García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México, Porrúa, 1970.
14. García Maynez, Eduardo. Positivismo jurídico, realismo - sociológico y iusnaturalismo. México, UNAM, 1977.
15. Hessen, J. Teoría del conocimiento. Buenos Aires, Lozada, 1971.
16. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal (t.II: Filosofía y ley penal). Buenos Aires, 2a. ed., Lozada, --- 1950.
17. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal (t.III: El delito). Buenos Aires, 3a. ed., Lozada, c1965.

18. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal (t.VII: El delito). Buenos Aires, Lozada, 1970.
19. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. México, UNAM, 1979.
20. Kelsen, Hans. La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho. México, Editora Nacional, c1979.
21. Kelsen, Hans. Compendio de Teoría general del Estado. México, Editora Nacional, c 1980.
22. Maggiore, Giuseppe. Derecho penal. Parte General (tr. José U. Ortega Torres) Bogotá, Temis, 1972, 2t.
23. Maurach, Reinhart. Tratado de derecho penal. Parte general (tr. Juan Córdoba Roda). Barcelona, Ariel, 1962, 2t.
24. Mezger, Edmundo. Tratado de derecho penal. Parte general. (tr. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1946, 2t.
25. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de derecho penal mexicano (Parte general). México, Porrúa, 1984.
26. Forte Petit, Celestino. Importancia de la dogmática jurídico penal. México, s.e., 1954.

27. Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal. México, Editorial y Litografía Regina - de los Angeles, 1973.
28. Porte Petit, Celestino. Programa de la parte general del derecho penal. México, UNAM, 1968.
29. Recaséns Siches, Luis. Introducción al estudio del derecho. México, Porrúa, 1979.
30. Recaséns Siches, Luis. Tratado general de filosofía del derecho. México, Porrúa, 1981.
31. Rivera Silva, Manuel. El procedimiento penal. México, -- Porrúa, 1975.
32. Soler, Sebastián. Derecho penal argentino (Parte general). Buenos Aires, Ed. La Ley, 1945, 2t.
33. Villalobos, Ignacio. Derecho penal mexicano (Parte general). México, Porrúa, 1983.

H E M E R O G R A F I A

1. Baquero Borda, Hernando. "El delito continuado". Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Año LIII; Nos. 447-448; Agosto-Diciembre de 1958; Bogotá, (pp. 130-150).
2. Camaño Rosa, Antonio. "Delito continuado". Revista de Derecho Público y Privado. Año XV; No. 163; Enero 1952; Montevideo, (pp. 17-35).
3. Camargo Hernández, César. "El concepto de delito continuado en el anteproyecto de Código Penal Mexicano de 1949".

Información Jurídica; num. 95; Abril 1951; Madrid, (pp.-357-366)

4. Estrada Ujeda, Eduardo. "Delito continuado". Revista Jurídica Veracruzana. t. IX No. 2; Marzo-Abril de 1958; Xalapa, Ver. (pp. 117-174).
5. novoa Monreal, Eduardo. "El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico." Revista de Ciencias Penales; t. XXIII, No. 2; Marzo-Agosto de 1964; Santiago de Chile, (pp. 139-153).
6. Muñoz, Ricardo C. "La dependencia de los hechos como fundamento del delito continuado." Cuadernos de los Institutos de Derecho Penal. No. 44, 1960, Córdoba Argentina (p. 11-20)
7. Pannain, Remo. "Delitos instantáneos y delitos permanentes". Criminalia; año XXIII; no. 6; Junio de 1957, México, (pp. 399-406).
8. Poletti, Gianni. "La noción jurídica del delito permanente." Criminalia; año XXIV; no. 1; enero de 1958, México, (pp. 39-49).

L E G I S L A C I O N

1. Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal.
2. Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal.

3. Códigos Penales de las Entidades Federativas de los Estados Unidos Mexicanos.
4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
5. Código Federal de Procedimientos Penales.