

321309

UNIVERSIDAD ^{del} TEPEYAC

10

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

20

PARA EL DESARROLLO TOTAL



DELITO CONTINUADO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
ESPERANZA JOSEFINA DE LUNA OLVERA
ASESOR DE TESIS:
LIC. PEDRO HERNANDEZ OROZCO
CEDULA PROFESIONAL 743062

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D.F.

1994



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.

D E D I C A T O R I A S

!!! DIOS MIO !!!

Gracias por darme la vida,

y por cuanto todo me das.

A TI PAPA:

Con tu mano fuerte,
tus consejos y enseñanzas,
me guiaste desde niña,
a seguir el camino correcto
de la vida.

Gracias porque con tu persona,
tu amor y apoyo incondicional,
me has dado toda mi alegría,
y sobre todo por lo que de mí
has hecho

Tu hija,

Esperanza.

MAMA:

No encontraría las palabras,
para agradecerte toda la vida,
por mis ratos de dolor y alegría,
por tu perseverancia para ver mis
sueños logrados,
y por todos tus consejos,
que me enseñaron a escalar,
cada peldaño de la cima.

Gracias por tu apoyo,
por todos tus sacrificios
que me has dado día con día,
y en especial,
por ser tú una de las joyas
más preciadas de mi vida.

Tu hija,

Esperanza.

A MI GRAN AMOR:

A ti Salvador,
por formar mí ser
y una parte de mi vida,
gracias por todo tu apoyo
y comprensión brindada.

Tu esposa,

Esperanza.

Y MUY EN ESPECIAL:

A esos seres tan pequeñitos,
a los dos pedacitos de mi-vida,
Gloria y Salvador.

Su mamá.

A mis hermanos:
con todo mi cariño.

Esperanza.

A MIS MAESTROS:

Gracias a todos,
por transmitirme sus
enseñanzas y sabiduría.

Y ESPECIALMENTE:

A mi maestro,
Pedro Hernández Orozco.

Esperanza.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I EL DELITO	1
1.1 Generalidades	2
1.2 Concepto	7
1.3 Elementos del delito	13
a) Conducta	14
b) Tipicidad	16
c) Antijuridicidad	24
d) Culpabilidad	26
e) Punibilidad	28
CAPITULO II CONCURSO DE NORMAS	31
2.1 Concurso real	38
2.2 Concurso ideal o formal	42
CAPITULO III CLASES DE APARICION DEL DELITO	56
3.1 Delito instantáneo	58
a) Concepto	58
b) Generalidades	62
c) Derecho penal vigente	65
3.2 Delito permanente o continuo	66
a) Concepto	66
b) Generalidades	77
c) El delito permanente o continuo en el derecho penal vigente	80

CAPITULO IV DELITO CONTINUADO	81
4.1 Antecedentes históricos	82
4.2 Generalidades	88
4.3 Concepto	99
4.4 Criterio de punibilidad	104
4.5 Confusión en la administración de justicia para su aplicación	111
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFIA	120

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

Una de las finalidades principales por lo cual elaboré este trabajo inclinándome a escoger un tema relacionado con el derecho penal, es por el interés e inquietud que despierta en mí el conocer más a fondo esta pequeña parte del derecho, y especialmente por tratar de proporcionar una solución a los problemas que surgen con determinadas figuras jurídicas que enfrentamos cotidianamente dentro de una problemática criminal.

México es un país de cambios constantes y con ello, de nuestra actual legislación penal por lo que se requiere básicamente de una actualización por parte de los legisladores para no incurrir en una interpretación errónea de la Ley penal. Es por ello que han sido objeto de estudio en el presente trabajo de tesis el Concurso de Normas y delitos; las diferentes clases de aparición del delito; y, principalmente el Delito Continuado por ser una figura jurídica que actualmente presenta deficiencias que surgen al torno de esta figura por no poder diferenciar en que casos nos encontramos frente a un concurso real de delitos en relación con otros donde se presenta el delito continuado, lo cual implica consecuencias trascendentales para un individuo que se ve envuelto en un problema de tal naturaleza.

Siendo en el campo de Derecho Penal donde existen diversas teorías acerca del delito; se elaboró un análisis de la doctrina apoyándome en diversos autores como son el maestro Castellanos Tena, Raúl, E. Zaffaroni, y Francisco Pavón, V. entre otros para poder a

plicar los diferentes criterios y tratar de darle el verdadero enfoque y sentido al Delito continuado en el Derecho Penal. Por tanto, dejo plasmado en este trabajo la búsqueda de el problema real que presenta el delito continuado y la proposición de una solución haciendo un llamado para exhortar a aquellas personas y autoridades que tienen a su cargo la facultad de decisión en los juicios criminales a una mejor preparación y actualización para procurar un mejor desempeño de su actividad dentro del campo de Derecho Penal.

CAPITULO I

EL DELITO

1.1 Generalidades

La figura jurídica del delito es de relevante importancia por lo que para su estudio es necesario acudir a la teoría del delito, y así consecuentemente analizar todos y cada uno de sus elementos; así como sus factores negativos.

Diversos autores han tratado de producir una definición del delito con validez universal, pero esto no ha dado grandes resultados ya que el delito se constituye de acuerdo a la forma de ser de cada pueblo y a las necesidades de su época.

Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, y asimismo cuales son las características que debe tener cualquier delito. (1)

Es decir: cuando las partes encuentran la necesidad de determinar la existencia del delito en un caso concreto, deben saber en primera instancia, que carácter debe presentar una conducta para ser delito.

Por ejemplo: la conducta de un individuo que se apoderó de una bicicleta de una casa

Se puede argumentar que es delito la conducta del sujeto en cuestión ya que se adecúa a lo preceptuado en el artículo 367 del

1. Raúl Eugenio Zaffaroni, Evolución de la teoría del delito, p. 333.

Código Penal para el Distrito Federal, pero en algunas ocasiones puede suceder que a pesar de adecuarse esta disposición al caso concreto el individuo hubiese tomado la bicicleta por error; o porque la necesitaba para llevar a su esposa a operar porque se encontraba en peligro de muerte. (2)

En cualquiera de estos supuestos, tenemos que respondernos si el sujeto cometió o no un delito. Por lo anterior, será necesario saber qué caracteres debe tener el delito (aspecto positivo) como aspecto primario e indispensable para poder averiguar si en cada uno de esos supuestos de hecho, falta un carácter defectivo (aspecto negativo).

De lo anterior se puede desprender que para averiguar si existe delito en un caso concreto es necesario formular una serie de preguntas con sus respectivas respuestas; y siguiendo un cierto orden, estas preguntas y sus respuestas son precisamente lo que nos proporciona la teoría del delito, al explicarnos su composición en general, también nos da los caracteres que debe presentar.

Para lograr un mayor entendimiento de la teoría del delito, es necesario efectuar un análisis del concepto general del delito; es decir, del conjunto de caracteres que debe tener en mente para poder calificarlo de delito.

El concepto que se plantea se puede dar un estrato, es decir uno que corresponda a un carácter genérico y otros estratos que co

2. Código Penal para el Distrito Federal. p. 122.

rrespondan a caracteres específicos.

La concepción del delito se puede presentar en estratos; y también, como un concepto unitario. La diferencia entre ambos es que el primero nos permite averiguar si lo que vemos es un delito, y el concepto unitario es la pura forma que no nos permite saber qué es, hasta que no penetremos en su contenido.

Al referirme a lo estratificado es el concepto del delito por el análisis, de sus componentes, es decir, se encuentra integrado de varios estratos, por lo tanto, no quiere decir que lo estratificado sea el delito.

Dentro del concepto del delito se puede decir que son acciones que prohíbe la ley, de las cuales el sujeto o individuo que las comete será sancionado con una pena. La pena se define como: "el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". (3). Este sufrimiento consiste en la restricción o pérdida de bienes del sujeto que se sanciona: como la vida, la libertad, el honor, etc.

Para poder tener una idea más clara de lo expuesto; es menester señalar que el derecho surge como una necesidad del individuo para que éste pueda vivir en sociedad, y es el derecho penal el que se encarga de lograr el bienestar y la paz social del hombre castigando a aquél que intenta violar el bienestar común y la integridad de las personas, ya que en una sociedad como la nuestra no se po

3. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, p. 544.

dría vivir sin el derecho.

Indudablemente se han desplegado múltiples esfuerzos para elaborar una noción filosófica del delito independientemente de tiempo y lugar, pero esto no ha dado grandes resultados, ya que precisamente el delito se constituye de acuerdo a la forma de ser de cada pueblo y a las necesidades de su época.

El análisis del concepto de delito expuesto, tiene como finalidad primordial el permitir extraer los elementos particulares que hagan viable la utilización práctica del concepto de delito en la aplicación de la ley penal.

Asimismo, con ayuda de la teoría del delito que es la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, y cuales son las características que debe tener cualquier delito; se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley, ya que establece un orden racional, y por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado.

Será entonces, cuando se presente un comportamiento desviado dentro de un sistema social, el de determinar mediante los elementos particulares del delito, si esa conducta es ilícita para ser castigada por medio del órgano jurisdiccional con competencia para ello. Por tanto, se puede decir que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y señalan las penas o

medidas de seguridad aplicables para la permanencia del orden social.

1.2 Concepto

Para tener una visión más amplia sobre el delito es necesario saber cuáles son las características que debe tener un hecho para ser considerado como tal. Es decir las conductas humanas que el sujeto viole en determinado momento son las que nos permitirán distinguir que conductas son delitos de aquellas que no lo son: o sea las conductas que se encuentran prohibidas y que traigan como consecuencia una pena. Por lo tanto, no existirá delito, si la conducta de un individuo no se adecua al tipo.

Estos elementos que individualizan la conducta son los que se adecuan a alguno de los tipos legales por lo que podemos decir que nos encontramos ante la presencia de una conducta típica.

Infinidad de autores nos han proporcionado múltiples definiciones del delito, y nuestro Código Penal lo define como: "el acto u omisión que sancionan las Leyes penales". (Artículo 7o. del Código Penal). (4)

Para el maestro español Eugenio Cuello Calón, el delito lo define como: "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (5)

Por su parte el profesor Jiménez de Asúa textualmente define el delito como: "... el acto típicamente culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y some

4. Código Penal para el Distrito Federal, p. 9.

5. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, p. 236.

tido a una sanción penal". (6)

Por otro lado Ernesto Beling se refiere al delito como: "La acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". (7)

El maestro Max Ernesto Mayer lo define como: "Acontecimiento típico, antijurídico e imputable". (8)

A partir de Carrará se inicia propiamente la época científica de las investigaciones jurídico penales. Su concepto del delito como un "ente jurídico" distingue la infracción penal de otras infracciones no jurídicas, destacando sus elementos esenciales al estimarlo como "un acto externo del Hombre" (positivo o negativo), integrante de "una infracción a la Ley del Estado" (promulgada precisamente para la seguridad de los ciudadanos), "moralmente imputable y políticamente dañoso". (9)

Para Edmund Mezger lo define como: "la acción típicamente antijurídica y culpable". (10)

Mientras que para el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni define al delito como: "conducta típica, antijurídica y culpable" (algunos si guieron conservando la punibilidad). (11)

Por lo que en síntesis, se puede definir al Delito: Como una

6. Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, p. 256.

7. Ibid., p. 205 y 206.

8. Ibid., p. 207.

9. Francisco Carrará, Programa de Derecho Criminal, p. 67.

10. Edmund Mezger, Derecho Penal, Parte General, p. 201.

11. Raúl Eugenio Zaffaroni, Teoría del Delito, p. 99.

CONDUCTA TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE.

De las definiciones del delito que nos han proporcionado diferentes autores se puede constatar que el delito se constituye por una conducta típica, antijurídica y culpable; es decir, el delito es siempre una conducta que va a estar rechazada o sancionada mediante una pena.

Por ejemplo: un tipo delictivo podría ser al que se refiere el artículo 265 del Código Penal que es el delito de violación: "Al que por medio de la violación física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo se le impondrá prisión de 8 a 14 años. (12)

Dicho tipo (el previsto por el artículo 265 del Código Penal), nos permite observar el encuadramiento con la descripción típica de la conducta de un individuo (que en este caso sería el de violación); al transgredir la prohibición de la norma penal, es decir, "al que realice cópula con persona de cualquier sexo y por medio de la violencia física o moral". Y asimismo, la sanción a la que se hará acreedor el individuo que se encuentra previamente señalada por la Ley penal, o sea, la prisión de 8 a 14 años.

De este modo, se obtienen dos caracteres del delito: uno genérico (conducta) y otro específico (tipicidad), es decir que la conducta típica es una especie del género conducta o sea la tipicidad.

No obstante, con la sola característica de tipicidad no se individualiza suficientemente la especie del delito, puesto que no toda

12. Código Penal para el Distrito Federal, p. 99.

conducta típica es un delito, ya que en el artículo 15 del Código Penal, hay casos en que no hay conducta (fuerza física irresistible inconsciencia) otros no hay tipicidad (algunos supuestos de error, cumplimiento de un deber jurídico) pero también hay casos en que para la Ley no hay delito pese a haber una conducta típica.

En efecto dentro del artículo 15 del Código Penal, podemos encontrar lo que se llama "causas excluyentes de responsabilidad" y dentro de estos supuestos operan permisos para realizar acciones típicas, donde existen causas de justificación que incluye el carácter delictivo de la conducta típica.

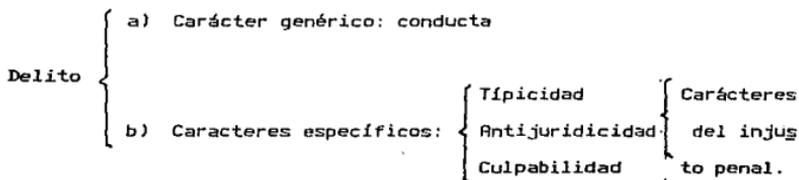
Cuando la conducta típica no esté permitida, diremos que además de típica, también será contraria al orden jurídico ya que en ninguno de sus preceptos surge un permiso para realizarla, (se comprueba por la ausencia de permisos) entonces la llamaremos antijurídica. Por lo tanto, decimos que la conducta además de típica es antijurídica.

No es suficiente encontrarnos con conducta típica y antijurídica resulta necesaria la comprobación de otro elemento conocido como culpabilidad.

Por ejemplo: el mismo artículo 15 del Código Penal, nos señala que hay supuestos de los que se deduce que no toda conducta típica y antijurídica es un delito; cuando actúa un sujeto "loco", que por su incapacidad psíquica no comprende la antijuricidad de su hacer, su conducta es típica y antijurídica pero no comete un delito. Aquí no se prevé ninguna causa de justificación, pero no es culpable.

En doctrina, a la conducta típica y antijurídica, se le denomina "injusto penal", siendo que éste, aún no es delito ya que para serlo, es menester serle reprochable al sujeto, en razón de que tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra manera; y en el caso del "loco" (debido a su incapacidad psíquica) no se le puede exigir otra conducta. A esta característica de reprochabilidad del injusto del autor se le denomina culpabilidad y viene a constituir el tercer carácter específico del delito.

De esta forma esquemática habremos construido el concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable.



Esta definición del delito como conducta típica, antijurídica y culpable nos servirá para determinar si hubo delito o no, en cada caso concreto. Ahora bien, se puede dar el caso en que en el delito falte el carácter genérico, lo cual significa, que nos encontraremos ante la ausencia de conducta. Por otro lado, debemos preguntarnos por los caracteres específicos y seguir un orden señalado porque si la conducta no está individualizada en un tipo penal, no será necesario averiguar si está permitida o si es contraria al orden jurídico y menos aún si es reprochable, ya que jamás será delito. Aquí nos encontramos con un caso de falta de tipicidad, que se denomina

atipicidad (la conducta es atípica). (13)

Si nos hayamos con una conducta típica, no es necesario preguntarnos si esa conducta es antijurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, ya que el derecho no se ocupa de la reprochabilidad de las conductas que no son contrarias a él (que están justificadas).

De conformidad con la definición anterior de delito, cabe señalar que será necesario hacer alusión a los aspectos negativos del delito, ya que de esta manera lograremos un mejor entendimiento de los elementos constitutivos del delito y asimismo poder determinar si en algunos supuestos sus caracteres se hallan ausentes, de tal forma que nos proporcionará la manera de determinar si en un caso concreto, realmente existe o no delito.

13. Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de ... op.cit., p. 342.

1.3 Elementos del delito

ASPECTOS POSITIVOS

Conducta
Típica
Antijuridicidad
Culpabilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

Ausencia de conducta
Atipicidad
Causas de justificación
Inculpabilidad.

Posteriormente se hará un breve análisis sobre todos los elementos del delito.

El concepto del delito como conducta típica, antijurídica y culpable se basa en un criterio analítico que repara primero en la conducta y luego en el autor: delito en una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídico) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera, le es reprochable (culpable). El injusto (conducta típica y antijurídica) revela el disvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma y la culpabilidad es una característica que la conducta adquiere por una especial condición del autor (por la reprochabilidad que tal injusto se le hace al autor).

De acuerdo a la Teoría del Delito, ésta se define como: una conducta típica, antijurídica y culpable. Elementos de los cuales se hará un breve estudio.

a) Conducta

Es un hacer voluntario final. Tiene un aspecto interno (proposición de un fin y selección de los medios para obtener ese fin), y un aspecto externo (la puesta en marcha de la causalidad hacia el resultado).

Quando se realizan el ASPECTO INTERNO y el EXTERNO se puede hablar de CONDUCTA. Esta es sinónimo de "acción" y de "acto". La omisión no existe como forma de acción o de conducta, sino que antes del tipo todas son acciones. Sin el tipo no se distinguen las omisiones del no hacer.

Al lado de esta conducta y el resultado existen fenómenos físicos que son: El nexos casual y el resultado.

La conducta no es sinónimo de hecho. Los hechos puede ser:

Humanos	}	Voluntarios	(conducta)
		Involuntarios	(ausencia de conducta)

De la naturaleza:

Conducta es el carácter genérico del delito. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los caracteres específicos del delito.

La conducta típica y antijurídica es un injusto penal.

Se puede decir que toda conducta que no es voluntaria supone

ausencia de conducta. Así que, ésta se puede presentar de la siguiente manera:

- | | | |
|-------------------------------------|---|---|
| <p>AUSENCIA
DE
CONDUCTA</p> | } | <ul style="list-style-type: none"> - Hechos naturales. - Personas jurídicas y morales. - Fuerza física irresistible (artículo 15, fracción 1a. del Código Penal). - Involuntabilidad (Estado de incurcencia e incapacidad de dirigir acciones). |
|-------------------------------------|---|---|

Fuerza física irresistible.- El artículo 15 en su fracción 1a. del Código Penal nos señala este supuesto en que operaría, es decir en aquellos casos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad, que le hace intervenir como una mera masa mecánica que puede venir por un hecho natural o por un tercero.

La fuerza física irresistible puede ser exterior o interna.

En el primer caso por tratarse de una fuerza que lo obliga a actuar y que viene del exterior; y en el aspecto interno los acontecimientos se originan dentro del propio cuerpo del sujeto no controlables por el mismo.

b) Tipicidad

En una sociedad como la nuestra, diariamente se presentan hechos que son contrarios a la norma legal; por lo que el Código Penal tipifica estos acontecimientos y establece la pena o sanción a la que el sujeto se hace acreedor al violar algún precepto legal.

Por lo tanto: Tipicidad es la característica que tiene la conducta en razón de estar adecuada al tipo penal y el tipo es la descripción que hace el legislador de una conducta penal (delitos). Así como, podemos clasificar a los tipos de la siguiente manera:

- a) TIPO PENAL: Es un instrumento legal necesario predominantemente descriptivo que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes. (14)
- b) TIPO ABIERTO: Son los tipos que requieren de acudir a una norma de carácter general. Ejemplo de ello son los delitos culposos, se deja al arbitrio del juzgador la clasificación relación del deber de cuidado.
- c) TIPO CERRADO: Son aquellos que sin salirse de los elementos de la propia Ley Penal, pueden individualizar la conducta prohibida. (15)

14. Pedro Hernández Orozco, Apuntes de Derecho Penal I, p. 10.

15. Idem.

- ACTIVOS:** Es el aspecto objetivo y subjetivo que surge de la Ley al individualizar conductas atendiendo a circunstancias que se dan en el mundo exterior y en lo interno del autor.
- OMISIVOS:** Describen las conductas restando por lo tanto, prohibida cualquier otra conducta que difiere de la debida.
- (Estructuras de Tipos) **DOLOSOS:** Esto es la descripción mas el dolo, que implica causar un resultado (externo) y la voluntad del agente (interno) se caracteriza porque requiere de la voluntad del agente para causar el resultado que reido.
- CULPOSOS:** Pudiendo ser no intencionales o de imprudencia; es decir, el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

TIPICIDAD

ELEMENTOS OBJETIVOSELEMENTOS SUBJETIVOS

Descripción de la Ley

Dolo y culpa.

Otros elementos subjetivos.

Distintos al dolo y a la culpa.

EL DOLO: Es el querer y saber de la realización del tipo. Dentro del Dolo, podemos encontrar los siguientes elementos.

DOLO

1. Aspecto conativo (querer).

2. Aspecto cognoscitivo.- Es el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo (saber).

1. Aspecto conativo (querer). Podemos clasificarlo de la siguiente manera:
 - a) Dolo directo: Es aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como fin directamente propuesto o como uno de los medios para obtener ese fin, por ejemplo: Matar a una persona.
 - b) Dolo indirecto: Cuando se quiere el resultado como consecuencia necesaria del medio elegido para la obtención del fin, por ejemplo: Matar a una persona sin importarle que mueran otros.

c) **Dolo eventual:** Cuando el sujeto se representa la posibilidad del resultado concomitante y la incluye como tal, en la voluntad realizadora, por ejemplo: Matar a una persona estando seguro de lograrlo, pero exponiéndose a que sea otra persona. (16)

2. **Aspecto cognositivo (saber).** dentro de este aspecto podemos encontrar los siguientes:

a) **Error en el golpe (Aberratio ictus):** Es el caso en que una conducta se dirige contra un objetivo; afectando a otro objeto que no se quería ni aceptaba la posibilidad de afectar, por ejemplo: El sujeto que va caminando por la calle se le quiere matar, pero por causas ajenas a su voluntad, se mata al que va caminando a su lado.

NOTA: (*) TENTATIVA: Se ejecutan los hechos encaminados a la realización del delito pero éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

b) **Error en el objeto:** Es el que se da cuando se cree dirigir una conducta contra un objeto, pero en realidad se dirige y afecta a otro objeto.

- c) **Error de tipo:** Es el fenómeno que determina la ausencia del dolo, cuando habiendo una tipicidad objetiva falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo, por ejemplo: Querer matar a un oso y no lo es, sino es una persona.
- d) **Error de prohibición:** Es el error que elimina la posibilidad exigible de comprender la antijuricidad y como consecuencia hacer que la conducta pase a ser típica y antijurídica; pero no reprochable, por ejemplo: Querer matar a su esposa creyendo tener una justificación ya que piensa que es un asaltante. (17)

La culpa es la imprudencia y se divide en:

1. **Culpa con representación (consciente):** Es aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento lo evitará o no acontecerá.

2. **Culpa sin representación (inconsciente):** No hay conocimiento efectivo del peligro con que la conducta se introduce para los bienes jurídicos, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representar la posibilidad de producción del resul

tado, que de no haberse violado el deber de cuidado, no se hubiera producido. (18)

Ausencia de tipicidad

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito, llamado atipicidad que vendría a ser la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, nunca podrá ser delictuosa.

Para este caso, es necesario hacer la distinción entre lo que es ausencia de tipo y que es atipicidad. La primera se presenta cuando la conducta no se encuentra descrita en la Ley como delito. La segunda (ausencia de tipicidad) surge cuando el tipo si se encuentra descrito, pero la conducta dada no se encuadra a él.

Las causas de atipicidad se pueden presentar en los siguientes casos:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley con referencias a los sujetos activos y pasivos.
- b) Por falta del objeto material y objeto jurídico.
- c) Por no darse las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.
- d) Por no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley.
- e) Por faltar los elementos subjetivos del injusto, legalmente exigidos.

f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.(19)

Referente a este elemento negativo (ausencia de tipicidad), resulta ser el más viable para poder desvirtuar cualquier conducta, ya que la falta de algunos de estos elementos, entonces la conducta será atípica.

19. Fernando Castellanos, Lineamientos elementales de derecho penal
p. 175.

c) Antijuridicidad

Es la contradicción de la conducta con el orden jurídico. La conducta penalmente típica es antinormativa, pero no es antijurídica, aún porque puede estar amparada por un precepto permisivo (causa de justificación), que puede provenir de cualquier parte del orden jurídico. Cuando la conducta típica no está amparada por ninguna causa de justificación, ya no sólo será antinormativa, sino también antijurídica. (20)

De lo anterior se puede señalar que normativamente se ha considerado el delito como la conducta antijurídica, por contradecir una norma o ley establecida por el Estado para regular la vida dentro de la comunidad.

Causas de justificación

Se puede decir que son aquellas condiciones que excluyen la antijuridicidad de una conducta típica. Es decir, son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta considerada o tipificada como el delito.

Son causas de justificación las siguientes:

20. Pedro Hernández Orozco, Apuntes de teoría del delito, p. 13.

ASPECTOS

- 1) LEGITIMA DEFENSA: Esta tiene un fundamento individual y no social. El primero se refiere a la defensa de derechos de bienes jurídicos; y la segunda a la defensa del orden jurídico.

NEGATIVOS

CARACTERISTICAS:

- a) Bienes defendibles (vida, propiedad).
- b) Haber una agresión ilegítima (haber una conducta antijurídica, ser intencional e inminente.
- c) Haber una provocación suficiente e inevitable.
- d) Necesidad de defensa.

DE LA

ANTI JURIDICIDAD

- 2) ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE: Encuentra su fundamento en la necesidad de salvar un bien MAYOR sacrificando una de MENOR valor en una situación no provocada de conflicto externo.
- 3) EJERCICIO DE UN DERECHO: Se presenta en aquellos casos en que hay un precepto permisivo especial para autorizar en una circunstancia determinada la realización de una conducta típica.

d) Culpabilidad

Es el juicio de reproche que se le hace al autor de un injusto penal por que no se motivó en la norma cuando le era exigible hacerlo teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que actuó.

INJUSTO PENAL	}	CONDUCTA TIPICIDAD ANTIJURIDICIDAD
ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.	}	1. Exigir la comprensión de la anti <u>juridicid</u> ad. 2. Ambito de autodeterminación.

Como aspectos negativos de la culpabilidad encontramos los siguientes:

1. Carecer el sujeto de capacidad psíquica al momento de cometer el injusto penal (INIMPUTABILIDAD - LOCO -).
2. Hallarse el sujeto en un estado de error acerca de la antijuridicidad (ERROR DE PROHIBICION).
3. Hallarse el sujeto en un estado de necesidad inculpante o exculpante (SE SACRIFICAN BIENES DE IGUAL VALOR).
4. Por tener el sujeto la imposibilidad de dirigir la conducta conforme a la comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica.

Por último tenemos que la culpabilidad se le define en la mayoría de los casos (dependiendo de la teoría o corriente que se con

sulte) como: "Juicio de reproche que se hace al sujeto activo a través del órgano jurisdiccional por haber realizado una conducta típica y antijurídica" (corriente normativista). O también conceptualizada como: "El nexo emocional o intelectual que une al autor con su acto", (corriente psicologista).

De ambos conceptos se maneja en forma común como: el juicio de reproche que se le hace al activo del delito.

e) Punibilidad

"Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta". (21)

A grandes rasgos se puede decir que la punibilidad es el efecto represivo a la comisión de una conducta delictiva considerada como una consecuencia del poder ilícito. Como un resultado del deber infringido por el activo haciéndose acreedor a una sanción o pena impuesta por el órgano jurisdiccional.

En función de las excusas absolutarias no es posible la aplicación de la pena; por lo que constituyen el factor negativo de la punibilidad. Se define como: "Aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena". (22)

Esto significa que cuando estemos en presencia de una excusa absolutaria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) permanecerán inalterables, só lo se excluye la posibilidad de punición.

Por tanto a lo largo de este capítulo se proporcionó en forma muy somera la definición de lo que es un delito, así como los conceptos del mismo que se dieron antiguamente por diversos autores. Por tanto nuestro Código Penal para el Distrito Federal ha definido

21. Fernando Castellanos, op.cit., p. 275.

22. Idem.

al delito en su artículo 7o. como "acto u omisión que sancionan las leyes penales", entendiéndose como una conducta ilícita que merece los castigos o sanciones penales.

De antiguo, diversos autores proporcionaban su propia definición. A partir de Carrará se inicia propiamente la época de las investigaciones jurídico penales. Su concepto de delito como "ente jurídico" destaca sus elementos esenciales al estimarlo como "acto externo del hombre (positivo o negativo) integrante de una infracción a la ley del Estado (promulgada para seguridad de los ciudadanos) moralmente imputable y políticamente dañoso". Posteriormente, dejando el positivismo en el olvido, se reconoce el genio de Carrará y se reinician los estudios jurídicos de Derecho Penal en Italia, realizándose una total revisión de ideas y conceptos agregándose a la vieja concepción bitómica del delito otros caracteres como la tipicidad que destaca con Ernesto Von Belling; y a la estructura tritómica alemana representada fundamentalmente, entre otros, por Carlos Binding para quien el delito es el acto antijurídico y culpable.

De tal forma, de estos conceptos vertidos sobre el delito cabe destacar que coinciden en que es una conducta típica, antijurídica y culpable. Por tanto, una definición personal sería la estructura de la siguiente manera: Coincido con la definición de que "delito es una conducta, típica, antijurídica y culpable".

Por tanto; para que exista un delito primero debe haber una conducta ya que sería el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un fin. Posteriormente, esta conducta debe de ser típica, es decir, que encuadre con la descripción hecha en

la ley, lo que significa que el comportamiento coincida con el delito por el legislador. Siguiendo el orden, debe ser antijurídica por ser contraria al orden jurídico. Se puede señalar que normativamente se ha considerado el delito como la conducta antijurídica por contradecir una norma o ley establecida por el Estado para regular la vida dentro de la comunidad. Y, por último ha de ser culpable. Conjuntamente a todos estos elementos se les denomina doctrinalmente injusto penal que es el juicio de reproche que se le hace al autor, porque no se motivó en la norma cuando la era exigible haberlo, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que actuó

Este estudio elaborado grosso modo sobre el delito y sus elementos es sumamente de gran importancia, ya que mediante el análisis que se ha hecho, nos hemos encaminado a comprender y determinar cuando estaremos en presencia realmente de un delito, de tal forma que adquiere así un nivel importante dentro del ámbito del derecho penal.

CAPITULO II

CONCURSO DE NORMAS

Sin duda alguna, el concurso aparente de normas fue motivo de estudio en épocas remotas y de regulación en las prácticas judiciales. Así pues, la doctrina ha propalado las expresiones "Concurso de Leyes", "Concurso de Normas Penales", "Concurso de Tipos", "Conflicto de Leyes", etc. al referirse a los diversos problemas sistematizados en la institución que se ocupa de las cuestiones derivadas de la concurrencia de normas incompatibles entre sí.

Los autores modernos han hecho hincapié en lo incorrecto del uso de los términos "Concurso de Leyes" o "Concurso de Normas Penales", por estimar que si la naturaleza de las normas en colisión o en concurrencia no da origen a la aplicación simultánea de todas ellas, no puede hablarse con propiedad de la existencia de un auténtico concurso.

Modernamente los tratados y manuales designan a la institución con el nombre de: CONCURSO APARENTE DE NORMAS, APARIENCIA DE CONCURSO O CONCURRENCIA INCOMPATIBLE, subrayando la existencia de una colisión de Leyes o de normas penales en la cual una de ellas es la aplicable con exclusión de todas las demás.

Asimismo, resulta importante insertar el concepto de concurso aparente de normas. Aunque de ordinario los autores, al ocuparse de este trascendental problema se limitan a destacar los rasgos fundamentales que separan la apariencia de concurso de la realidad del mismo, se han propuesto múltiples definiciones algunas de las cua

les se pueden precisar.

Es decir, sobresalen las características principales del con curso aparente de normas, subrayando la existencia de una colisión de leyes o normas penales, separándolas de la realidad del propio concurso, ya que se presenta en un solo delito impidiendo así, la a plicación simultánea al caso considerado por ser aplicable sólo una con exclusión de las demás.

Lo que se ha destacado es la diferencia entre los auténticos conflictos de normas de aquéllos que no lo son, porque la mera apa riencia de colisión se produce, originando una confusión que desapa rece una vez considerado debidamente el problema.

Para Adolfo Merkel, se refirió a la concurrencia de Leyes como el caso: "en que solamente existe un delito, pero este único delito por sus caracteres, puede ser sometido a diferentes leyes, entre las cuales existe una porfía aparente por apoderarse del hecho.(22)

Esta definición destaca la inexistencia de un verdadero concur so; la pretensión de varias leyes de regular el caso concreto, des conociéndose el fenómeno de la concurrencia de las normas, y por ú l timo, que en realidad se da un solo delito, lo que impide la compa tibilidad de las normas concurrentes, ya que una excluye a las de más.

Muy similar parece la definición de Federico Puig Peña, cuando afirma que; "El concurso aparente de Leyes es una situación de con

22. Adolfo Merkel, Derecho Penal, p. 876.

flicto que surge en la aplicación de las Leyes penales, cuando dos o más normas vigentes al momento de verificarse la calificación de una conducta delictiva, regulan esta misma situación de hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas excluye necesariamente la de la otra". (23)

Por tanto, considero que cualquier definición sobre el concurso aparente de normas ha de referirse fundamentalmente al hecho de la pretensión normativa del caso particular de una pluralidad de disposiciones legales y al fenómeno de su exclusión con prevalencia de una de ellas sobre las demás.

Por ello aunque comúnmente se afirma la existencia de un concurso aparente cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, de manera que el problema del jurista consistirá en dilucidar cual norma debe aplicarse con exclusión de los demás.

Cuello Calón, precisa que: "el concurso de leyes existe cuando a una misma acción son aplicables dos o más preceptos penales que se excluyen entre sí recíprocamente". (24)

Entre los autores mexicanos, el maestro Celestino Porte Petit, considera existente el llamado concurso aparente de normas "cuando una materia se encuentra disciplinada por dos o más normas incompa

23. Federico Puig Peña, Concurso aparente de Leyes y sus principios fundamentales, p. 8.

24. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal I, p. 576.

tibles entre sí". (25)

Lo expuesto anteriormente ha llevado a algunos autores a destacar la diferencia entre los auténticos conflictos de normas de aquellos que no lo son, porque la mera apariencia de colisión se produce a virtud de un "Pluralismo Jurídico" originante de una confusión que desaparece una vez considerado debidamente el problema.

Además del conflicto que caracteriza el concurso aparente de normas, cobra fundamental importancia el que las normas, por su especial naturaleza incompatible, se excluyen entre sí, o sea que en la regulación del caso concreto, aún cuando exista entre ellas coexistencia disciplinante, una habrá de aplicarse con exclusión de todas las demás. Ello significa que las normas no pueden aplicarse simultáneamente originando un concurso ideal de delitos, pues precisamente lo que caracteriza al concurso propio es el que las normas deben repelerse mutuamente, excluyéndose unas a las otras.

Las dificultades surgen con frecuencia, ya que frente algunos casos concretos hay que determinar si es aplicable una sola norma o varias, y por ende, si se configura un sólo delito o una multiplicidad de delitos. Esto es, si a un hecho se adecúan varias disposiciones legales, por si sola no obliga a considerar que se deben aplicar todas; ya que algunas veces la validez de una excluye la validez de la otra.

25. Celestino Porte Petit, Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal, p. 101.

Este problema de unidad o pluralidad de delitos se encuentra estrechamente ligado con el de la concurrencia aparente de normas.

CONCURSO REAL Y CONCURSO IDEAL

La legislación y la teoría distinguen entre los casos en que una acción realiza más de un tipo penal y los de varias acciones que realizan más de un tipo penal o más de una vez el mismo tipo penal. La unidad de acción con pluralidad de lesiones de la Ley penal se denomina concurso ideal de delitos.

La pluralidad de acciones con pluralidad de lesiones de la Ley penal recibe el nombre de concurso real o material.

Conforme a estos principios, nuestro Código Penal distingue claramente la solución que corresponde para los casos en que hay de penar varios delitos (varias conductas), lo que se da en llamado CONCURSO REAL (porque concurren varios delitos en un mismo pronunciamiento penal), y la que corresponde el caso en que una conducta (un delito) resulta típica de varios tipos penales se llama CONCURSO IDEAL (porque concurren varios tipos en una misma conducta).

Este análisis resulta importante, ya que de esta manera se ha podido establecer un concepto sobre el concurso aparente de normas que ha sido definido con mucha variedad.

De esta manera se procede a estudiar y analizar lo que es el concurso real y el concurso ideal con una visión más amplia.

2.1 Concurso real

Cuando un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, nos encontramos ante la presencia del llamado concurso real o material.

En el concurso real hay una pluralidad de conductas que concurren en una misma sentencia judicial. De allí que también se le denomina concurso material, por oposición al concurso ideal o formal (como suele llamarse).

Se da el concurso real de delitos "cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita". (26)

Para Alfredo Etcheberry hay concurso real "en la comisión de varias acciones que por su naturaleza no pueden ser reducidas unitariamente a una valoración jurídica, lo que implica considerarlas en forma autónoma como una pluralidad de hechos punibles". (27)

En nuestra legislación penal el artículo 18 reformado establece la figura del concurso real o material que dice: "existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". (28)

26. Francisco Pavón Vasconcelos. Concurso aparente de normas, p. 131.

27. Idem.

28. Código Penal para el Distrito Federal, p. 13.

La existencia de un concurso real presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de acciones. Y en segundo lugar, se requiere una pluralidad de lesiones de la Ley Penal, lo que presupone que los tipos penales realizados son también independientes.

De aquí que el problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable, ya que se tiene que determinar para los casos en que concurren varios delitos con penas distintas cual es la que ha de aplicarse.

El artículo 64 en un segundo párrafo del Código Penal preceptúa: "En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada una de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero". (29)

Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de concurso real o material a saber y es en cuanto a la punición donde puede seguirse alguno de estos tres criterios:

- 1) Acumulación material. Es el más sencillo de todos los sistemas. Tiene sus precedentes en el Derecho Romano y consiste en la simple suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos.

El inconveniente principal es el de su severidad, puesto que su aplicación (tantos delitos tantas penas) llevaría

muchas veces a los Tribunales a imponer penas enormes que consideradas en conjunto, podrían carecer de gravedad.

- 2) Absorción. Sistema que encuentra su fundamento en la necesidad de templar el rigor de la pura acumulación material y que consiste simplemente, en la aplicación de la norma según la cual la pena mayor absorbe a la menor o menores.
- 3) Acumulación jurídica. Sistema que puede adoptar una de estas dos formas: Seguir el sistema de la acumulación material, sumando, en consecuencia, todas las penas correspondientes a los distintos delitos, pero señalando un tope máximo de efectivo cumplimiento, o bien mediante la imposición de la pena correspondiente al de este último, denominado de exasperación y que algunos autores, como Quintano, consideran como una variedad del sistema de absorción. (30)

Por lo que en nuestra práctica se refiere, el sistema seguido por el legislador para la punición del concurso real, es en realidad, un sistema mixto del de acumulación y del de acumulación jurídica.

En síntesis: para que exista concurso real, que necesariamente debe haber pluralidad de conductas con las que se cometan varios delitos.

30. Fernando Castellanos, op.cit., p. 310.

Como puede observarse en el concurso real lo que concurren son varios delitos en un mismo pronunciamiento penal, es decir, en una misma sentencia.

2.2 Concurso ideal o formal

El concurso ideal o formal aparece cuando con una sola acción se infringen varias disposiciones penales; es decir, por medio de una sola acción u omisión del sujeto se violan varios tipos legales que producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

Es aquél, en el que conductas configuradas por una unidad fisiológica, es decir, por un solo movimiento, pueden ser pluralmente típicas. Por ejemplo: el que arroja una granada puede dar lugar a un homicidio y daños.

Si bien, ordinariamente el concurso ideal o formal se presenta con una sola conducta se violan varias disposiciones penales.

El concurso ideal, dice Mezger "se da cuando una acción cae bajo distintas leyes (preceptos) penales que no se excluyen entre sí". (31)

El concurso aparente de normas implica un "Conflicto" entre normas incompatibles, impidiéndose por la naturaleza de las normas un auténtico concurso, de tal forma, que ese autor alemán conceptúa el concurso ideal a resultas de la unidad de la conducta con violación de distintas normas penales que no se excluyen entre sí.

Señala para Vasconcelos, citando a Maurach: el concurso ideal

31. Idem.

se presenta como "Unidad de acciones con necesaria pluralidad de tipos". (32)

Es decir, el concurso ideal se caracteriza por la violación de varias normas penales que constituyen una pluralidad de delitos.

A este concurso se le denomina ideal o formal a virtud de que regulada la acción ha hecho en una múltiple tipificación delictiva, puede afirmarse que su "calificación" corresponde a varias figuras jurídicamente autónomas, las que en razón de la "Unidad del momento de la culpabilidad", deben sancionarse como un sólo delito, lo que según Ricardo C. Nuñez excluye la pluralidad delictiva desde el punto de vista real o material, (33)

El artículo 18 reformado del Código Penal señala: "existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. (34)

Claramente se puede observar que el concurso ideal requiere de dos elementos: unidad de acción y lesión de varias leyes penales (realización simultánea de varios tipos penales). La unidad de acción es un presupuesto de concurso ideal, ya que la acción única debe haber realizado dos o más tipos penales.

Por su parte el artículo 64 del mismo ordenamiento indica: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al deli

32. Francisco Pavón Vasconcelos, op.cit., p. 121.

33. Francisco Pavón Vasconcelos, op.cit., p. 121.

34. Código Penal para el Distrito Federal, p. 13

to que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mi tad más del máximo de duración sin que puede exceder de las máximas señaladas en el Título segundo del Libro Primero". (35)

Como ha podido observarse a lo largo de este capítulo en el concurso real lo que concurren son varios delitos en un mismo pro nunciamento penal, predominando el principio de la aspersion de las penas, o sea que, como se acumulan los delitos en la sentencia, también corresponden agravar la pena mayor con las menores. En el caso del concurso ideal, puesto que lo que concurre son los tipos en una misma conducta (en un delito), se rige la solución por el principio de absorción de la pena, es decir que, el tipo más grave absorbe al más leve y también corresponde que la pena más grave ab sorva la más leve.

Asimismo, cabe destacar los puntos más importantes que median entre el Concurso real y el concurso ideal que son:

En el concurso ideal concurren leyes (también llamado "Concur so de Leyes") en una conducta, en tanto que en el material concu rren conductas en una sentencia.

Es decir, en el concurso ideal como concurren varios tipos en una misma conducta (delitos) se califica pluralmente en un mismo de lito, pudiendo operar el principio de absorción, ya que únicamente se impone la pena que merezca la mayor absorbiendo a la menor; en tanto que en el concurso real aunque concurren varios delitos únic mente se impone la pena que corresponda al delito que merezca la ma

yor, pudiéndose aumentar hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos; de aquí que únicamente se dicte una única sentencia y una única pena.

La pena única en ambos casos, pero la del concurso ideal se forma mediante la absorción que la mayor hace de las menores, en tanto que en el concurso material se forma mediante la acumulación de todas, siendo a criterio del juzgador.

Para que opere el concurso ideal debe presuponerse que hay una única conducta, y que opere el concurso real debe haberse descartado la unidad de la conducta.

La diferencia que media entre el concurso real y los supuestos de reincidencia es que en la última ya ha habido sentencia condenatoria cuando el sujeto comete un nuevo delito, en lugar en el concurso real se juzgan simultáneamente varios delitos sobre ninguno de los cuales recayó sentencia condenatoria.

El concurso real, a diferencia del ideal, puede ser homogéneo (varios delitos típicos del mismo tipo penal) o heterogéneo (varios delitos con tipicidades diferentes).

Con este análisis que se ha hecho sobre el tema, también es necesario estudiar los principios rectores que rigen al Concurso aparente de Normas que a continuación se mencionará con la mayor claridad posible.

PRINCIPIOS RECTORES DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

Para resolver el "conflicto" entre dos o más normas incompatibles, determinando cual de ellas es la aplicable con exclusión de las demás, la doctrina penal ha elaborado varios principios, a saber:

- Especialidad
- Consunción o Absorción
- Alternatividad
- Subsidiaridad

Principio de especialidad

De antiguo origen, pues ya era conocido en el derecho romano, este principio sostiene la aplicación de LA LEY ESPECIAL SOBRE LA LEY GENERAL: LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI. Por tanto, cuando a la solución de un hecho determinado concurren dos normas, a una general y la otra especial, ésta excluye en su aplicación a la primera.

Estableciendo este punto de partida, la consideración siguiente será precisar cual de las normas concurrentes tiene carácter especial y por que excluye a la general.

La estimación más simplista reputa normas "especiales" a las que regulan de manera particular una materia cualquiera, resultando sugestiva la orientación que nos brinda el concepto, pues si de manera particular la norma regula una determinada situación, es porque otra norma hace lo mismo en forma general, lo que permite considerar, como punto de partida que la materia, el hecho, etc. está siendo abarcada por ambas normas.

En este orden de ideas, el tipo de parricidio es norma especial con relación al tipo de homicidio como también lo es el tipo de infanticidio, respecto al mismo homicidio, ya que éste constituyendo el tipo básico, permite la formación de ambas figuras, aun cuando el parricidio y el infanticidio sean tipos especiales y no subordinados al básico el cual se forman con otras características que les dan naturaleza especial en relación a la norma general que describe el homicidio, independientemente de su carácter "especializador" agrave o atenúe la penalidad del tipo general, pues éste último establece una excepción a la regla de la aplicación de la penalidad mayor o más grave.

La especialidad supone, en consecuencia, una relación lógica entre las normas, la cual fundamenta la prevalencia de una sobre otra. Tratándose de los tipos penales es válido sostener que la especialidad requiere que un tipo esté íntegramente contenido en el otro, aún cuando no se precisa que los elementos descriptivos sean idénticos, ya que también es específica una disposición cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa del hecho.

No está por demás decir que en la búsqueda de la norma especial, el aplicador de la ley debe acudir a los medios de interpretación ya conocidos, apoyándose si se trata de una interpretación lógica o teológica en los elementos históricos, sistemático o de derecho comparado.

Por tanto, la especialidad es un fenómeno que tiene lugar en razón de un encerramiento conceptual que un tipo hace del otro y

que presupone una relación de subordinación conceptual entre los tipos.

Principio de consunción o absorción

En función del principio de consunción o absorción, un tipo descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir porque hay un encerramiento material. Es un caso de consunción el del hecho posterior que resulta consumido por el delito previo, como en el caso en que la retención indebida tiene lugar respecto de la cosa obtenida mediante estafa, en tal supuesto la tipicidad de la estafa descarta la de retención indebida. Otra hipótesis es la del hecho copenado o hecho típico acompañante, que es el que tiene lugar cuando un resultado eventual ya está abarcado por el desvalor que de la conducta hace otro tipo legal, como en el caso de las lesiones leves que resultan de la violencia ejercida en acciones cuya tipicidad requiere la violencia (violación, robo, etc.).

"Cuando el hecho previsto por una norma está comprendido por el hecho previsto en otra norma, porque ésta es de un alcance más amplio, se aplica solamente esta última norma. LEX CONSUMENS DEROGAT LEGI CONSUMPTAE". (36)

La fórmula revela que su sentido se apoya en la circunstancia de que las normas en colisión comprenden el mismo hecho, pero una de ellas adquiere preferencia en su aplicación en cuanto por su mayor alcance abarca y consume a la otra. De allí que sea común el criterio de que el principio de consunción funciona cuando el hecho

36. Francisco Pavón Vasconcelos, op.cit., p. 154.

previsto por la ley está comprendido en el tipo descrito por otra que es de más amplio alcance.

En otras palabras; como "consumir" significa absorber, extinguir, se dice que una norma consume (en ella) a otra, de tal forma que una figura delictiva absorbe a otra, en el sentido de que aplicándose la primera, no se aplica la segunda, la cual permanece así extinguida.

Principio de subsidiaridad

Este principio que produce el descarte de uno de los tipos es el de subsidiaridad, que tiene lugar cuando hay progresión en la conducta típica, en la que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipicidad de las etapas anteriores. Es el fenómeno de la interferencia por progresión, que se produce cuando la tentativa queda interferida por la consumación punible o el acto preparatorio eventualmente típico, por ejemplo en el delito de homicidio cuando éste no se consuma, queda interferido por el acto de tentativa, o el delito consumado en el curso de la tentativa, queda interferido por éste (lesiones y la tentativa de homicidio).

El mecanismo que rige a la subsidiaridad es la interferencia lo que debe tenerse presente, pues es lo que explica la razón por la cual es punible el delito consumado en el curso de una tentativa es decir, se trata de un fenómeno de interferencia y desaparecido el mecanismo interferente al desaparecer la punibilidad de la etapa posterior, resurge la tipicidad punible de la anterior.

Este principio se anuncia: LEX PRIMARIAS DEROGAT LEGI SUBSIDIARIA

RIAS, pretende que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un mismo bien jurídico, pero en diversos grados de punibilidad, casos en que se aplica la ley principal. (37)

La subsidiaridad ha sido dividida en: expresa y tácita, según se encuentre o no consignada en la Ley.

En ocasiones ésta, con referencia concreta a una norma, precisa que será la aplicable salvo que el hecho determinado no integre delito más grave.

Como ejemplo de subsidiaridad expresa tenemos: El abandono de niños se condiciona la penalidad del mismo a la circunstancia fundamental de que el hecho no constituye otro delito más grave, en cuyo supuesto dejará de tener aplicación ese delito para funcionar el de homicidio o parricidio cuando se produzca la muerte del menor; según la situación concreta de que se trate.

En los supuestos de subsidiaridad tácita deben deducirse por la vía interpretativa. Para ello es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro debe ser de tal naturaleza la realización de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal. Tal situación es de apreciar cuando uno de los tipos penales no implique si no una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo bien jurídico. (38)

37. Ibid., p. 182.

38. Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, p. 241.

Como ejemplo tenemos: La tenencia de instrumentos para la falsificación y el delito de falsificación.

Si bien los casos de subsidiaridad expresa son excepcionales, los de subsidiaridad tácita pueden presentarse con más frecuencia. En éstos la norma subsidiaria es elemento constitutivo de la norma principal o circunstancia agravante de la misma, requiriéndose para la solución del conflicto originado en la concurrencia de ambas al examen de las figuras y el hecho considerado, a efecto de determinar si la norma de mayor pena, y por tanto con rango principal, contiene a la otra de forma que ambas prevean la incriminación del hecho, para estar en posibilidad de aplicar la que deba funcionar.

Principio de alternatividad

En términos generales, la alternatividad, supone una situación de "conflicto" entre dos normas penales reguladoras de la misma situación de hecho, de modo que el juzgador, ante el idéntico tratamiento punitivo, está en posibilidad de aplicar cualquiera de ellas, resultando indiferente la aplicación de una o de otra.

Es conveniente, sin embargo, poner de relieve que en la concurrencia de normas que originan la relación alternativa, como en toda apariencia de concurso, las figuras excluyen por su incompatibilidad, ya que aun regulando el mismo hecho, éste sólo puede adecuarse a una o a otra de tales normas, pero no a ambas pues de operarse este fenómeno surgiría un idéntico concurso.

En síntesis y para concluir este capítulo: Por lo que hace al concepto de concurso aparente de normas, señalo que: cualquier defi

nición sobre el concurso aparente de normas ha de referirse fundamentalmente al hecho de la pretensión normativa del caso particular de una pluralidad de disposiciones legales y al fenómeno de su exclusión con prevalencia de una de ellas sobre las demás. Por ello aunque comúnmente se afirma la existencia de un concurso aparente cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, de manera que el problema del jurista consistirá en dilucidar cual norma debe aplicarse con exclusión de las demás.

Asimismo, se analizó con el fin de comprender correctamente lo que se entiende por Concurso real y Concurso ideal señalándose que hay concurso real, cuando hay que penar varios delitos (varias conductas), porque concurren varios delitos en un mismo pronunciamiento penal, y corresponde al caso en que una conducta (un delito) resulta típica de varios tipos penales entonces se habla de concurso ideal (porque concurren varios tipos en una misma conducta). Lo que nos lleva a comprender que hay supuestos en los que parecen que concurren varios tipos penales, pero que observados más cercanamente nos permite percatarnos de que el fenómeno es aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos, la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye al otro o a los otros. Suele llamarse a estos casos "concurso aparente de normas".

Y finalmente, se estudiaron los principios rectores que son aplicables en los casos de concurso aparente de normas y que la doctrina admite, así como la jurisprudencia.

De lo expuesto en este capítulo sobre el Concurso aparente de

Normas; así como del Concurso real y el Concurso ideal hago unas breves referencias:

La cuestión de la aplicación de la Ley penal a un hecho delictivo requiere con frecuencia resolver en primera instancia la cuestión de la relación existente entre los posibles tipos penales aplicables (conurrencia aparente de Leyes), y en segundo lugar la determinación de la unidad o pluralidad de acciones ejecutadas por el autor (concurso de delitos).

El problema del concurso de delitos presupone que ya se ha resuelto la relación de los tipos entre sí; y lo que se trata de saber es si la acción encuadra bajo un tipo penal o bajo varios (concurso ideal) y además si el autor ha realizado varias acciones y varias lesiones de la Ley penal (concurso real).

Por tanto; como hemos visto, habrá un "concurso aparente de normas" cuando el ilícito de un hecho punible, este contenido en otro y, por lo tanto el autor haya cometido una lesión de la Ley penal. Así pues, una definición personal sería la siguiente:

Concurso de normas: "es un conflicto que surge cuando a una misma conducta le pueden ser aplicables dos o más preceptos penales; de tal forma, que únicamente se aplica una norma con exclusión de los demás"

El problema de interpretación de la Ley penal en cuanto a su aplicación nos lleva al conocimiento de todos aquellos casos en los cuales hay convergencia del caso particular entre normas; que por su naturaleza son susceptibles de aplicarse simultáneamente pero ú

nicamente se aplica una con exclusión de las demás.

Esta concurrencia de Normas incompatibles entre sí, comprende una mera función interpretativa de la Ley, ya que no se trata simplemente de precisar el alcance de las normas, sino de elegir entre los concurrentes la que deba aplicarse, lo cual implica necesariamente la eliminación de las demás.

Referente al concurso de normas respecto al concurso de delitos, el motivo principal por el cual ha sido objeto de estudio relacionándolas de la mano a estas dos figuras penales, es porque nos lleva a comprender que hay supuestos en los que parece que concurren varios tipos penales, pero que observados más cercanamente nos permite percatarnos de que el fenómeno es aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos, la concurrencia resulta descartada dado que uno de los tipos excluye al otro o a los otros; pudiendo originar de esta manera un concurso de delitos.

Retomando el tema, es menester aludir a la definición que nos proporciona el Código Penal para el Distrito Federal sobre el Concurso real: "Se da cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". Resulta evidente que debe darse una auténtica pluralidad de conductas y pluralidad de lesiones a la Ley penal cometidos por un mismo sujeto, el cual se configura ya sea por infracciones semejantes (dos o tres robos) que con relación a tipos diversos (robo, lesiones, cometidos por un mismo sujeto).

De esta forma se puede hablar de una pluralidad de acciones y de resultados pues las conductas o hechos que se ejecutan en un de

lito y que de alguna manera facilita la consumación de otro, la realización del primero no es indispensable para la existencia del segundo, motivo por el cual hace nacer una concurrencia concursal y de aquí que surja el problema de la pena aplicable.

En cuanto a la punición del concurso real, que es sin duda una de las cuestiones más importantes nuestro Código Penal para el Distrito Federal establece en su artículo 64 párrafo segundo la pena correspondiente para los casos de concurso real, pudiendo seguirse tres criterios a saber:

1. Acumulación material.
2. Absorción.
3. Acumulación jurídica.

Los cuales han sido analizados con anterioridad; y es precisamente en estos supuestos cuando surge el problema para determinar la pena aplicable, pues se presentan casos en que concurren varios delitos con penas distintas, y es a criterio del juzgador adoptar el sistema de represión a seguir.

En cuanto al Concurso ideal al que también se le ha denominado formal existe cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. En este caso el sistema de punición que se adopta por lo general a criterio del juzgador es el principio de absorción de la pena ya que el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 64 establece: para el caso de concurso ideal se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

CAPITULO III

CLASES DE APARICION DEL DELITO

El delito tiene diversas formas de manifestarse por lo que el Derecho Penal cumple, junto con otros ordenamientos con la función de proteger los bienes jurídicos y mantener la estabilidad de una sociedad mediante la utilización de medios coactivos (penas y medidas de seguridad) para combatir el delito.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7o. establece la definición del delito y la clasificación del mismo lo cual será objeto de estudio en los siguientes capítulos, y que a la letra dice:

ARTICULO 7o. "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y.

III. Continuando, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal. (39)

3.1 Delito instantáneo

a) Concepto

Las conductas humanas pueden infringir los imperativos de las normas tuteladas en la figura típica en forma instantánea, cuando el comportamiento humano, al mismo tiempo que viola la norma penal, destruye el bien jurídico que la norma protege o pone en marcha las condiciones que después producen su destrucción, sin que dada la naturaleza del bien protegido resulte factible prolongar la conducta. (Mariano Jiménez Huerta).

Por ejemplo: El delito de homicidio es de naturaleza instantánea, ya que en el instante del ataque se viola la norma penal que prohíbe matar, poniendo en juego la destrucción del bien jurídico que es la vida.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7o. párrafo primero define:

El delito es: "Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos". (40)

Esta determinación de la naturaleza del delito, en orden a su momento consumativo ha distinguido al delito instantáneo del delito permanente o continuo para resolver problemas relacionados con la

40. Código Penal para el Distrito Federal, p. 9.

prescripción de la pretensión punitiva; la decisión de la Ley aplicable al caso y la competencia del tribunal que debe juzgar el hecho punible.

El delito instantáneo es la modalidad más simple que se da en aquellos supuestos en los que a una sola acción corresponde un sólo resultado aunque con una acción se realicen varios actos o movimientos siempre y cuando con la unidad de la acción se consume el delito en un instante. Es decir, ésta unidad, de acción y de delito es el caso más frecuente y más simple de delito unitario.

El maestro PANNAIN con acierto sostiene que el carácter instantáneo del delito no se determina por la instantaneidad o no del proceso ejecutivo, sino por la de la consumación.

Asimismo señala: "Para determinar si un delito es instantáneo debemos enfocar la instantaneidad con la consumación".

"Los requisitos que se desprenden del delito instantáneo son:

- a) Una conducta.
- b) Una consumación y agotamiento de la misma, instantáneos".

(41)

Otra concepción sobre el delito instantáneo es la que propone el Profesor Soler que dice: La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. "El carácter instantáneo -dice Soler-, no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la na

41. Celestino Candaudap, Porte Petit, Programa de la parte general del Derecho penal, p. 212.

turalidad de la acción a la que la Ley acuerda el carácter de consumatoria". (42)

Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito sin importar que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; ya que el momento consumativo expresado en la Ley da la nota al delito instantáneo.

Cabe señalar que esta figura jurídica del delito instantáneo se caracteriza indudablemente por la acción consumatoria que se agota en un instante.

Los estudiosos en la materia coinciden con el concepto del delito instantáneo que establece nuestro Código Penal para el Distrito Federal, ya que establece las características que lo componen y que está por demás debatirlas. Por tanto, me uno a la concepción de dicha figura jurídica exteriorizando: "Existe delito instantáneo cuando con una acción se consume el delito en una fracción de tiempo inapreciable".

Haciendo referencia al delito instantáneo cabe señalar que no debe confundirse el delito permanente con el instantáneo de efectos permanentes, en el cual no es la acción consumativa la que perdura, sino el resultado. Es decir, es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo, o sea el mal producido.

42. Fernando Castellanos, op.cit., p. 138.

Por ejemplo: El homicidio, en este caso se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y en consecuencia de la conducta perdura para siempre en las lesiones, el bien jurídico protegido (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por un determinado tiempo. (43)

El delito instantáneo con efectos permanentes es distinto al delito permanente. En el primero - nos dice PANNAIN - la consumación es instantánea, pero perdura el mal producido por el delito.

En el segundo, es perdurable la consumación. Por tanto, los elementos del delito instantáneo con efectos permanentes son:

- a) Una conducta.
- b) Una consumación y agotamiento instantáneos. y
- c) Perdurabilidad del efecto producido. (44)

De tal manera y en forma muy somera se ha establecido la concepción del delito instantáneo con la del delito instantáneo con efectos permanentes, y la diferencia de éstos con el delito permanente ya que en un determinado momento puede ser objeto de confusión.

Posteriormente seguirán siendo objeto de estudio las demás formas de aparición del delito que establece el artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal.

43. Ibid., p. 138.

44. Celestino Candaudap, Porte Petit, op.cit., p. 215.

b) Generalidades

Se estima delito instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos. Desde el nacimiento de esta figura jurídica sus elementos se han mantenido uniformes ya que en el transcurso del tiempo no han variado, y no ha sido necesario adaptar esta figura a las necesidades de cada momento.

Los estudiosos en la materia han coincidido en la clasificación del delito instantáneo y entre esas múltiples clasificaciones destacan: Una conducta, una consumación y agotamiento instantáneo de sus elementos. Por tanto la doctrina más generalizada exige estas características para que concurra el delito instantáneo.

Se puede señalar que unidad de acción y unidad de delito es el supuesto que pudiéramos considerar normal y al que la doctrina denomina, generalmente aunque no con mucha propiedad, ya que tal expresión no puede ser tomada en sentido rigurosamente literal, delito instantáneo.

"El delito instantáneo, tanto desde el punto de vista naturalista como desde el punto de vista jurídico, es la más simple de cuantas modalidades pueden presentarse, y tiene lugar cuando a una sola acción corresponde un solo delito, aun cuando esa unidad de acción sea susceptible de fragmentación en varios actos que tienen su ori

gen en una misma manifestación de voluntad. Así, el homicidio que materialmente es perpetrado por medio de varias puñaladas o de varios golpes o disparos". (45)

45. Alfonso Arroyo de las Heras, Manual de Derecho Penal, p. 790.

DERECHO POSITIVO

Concepto. "El conjunto de las manifestaciones presentes constituye el Derecho Positivo, formado por las normas jurídicas en vigor y que puede estimarse como el Derecho viviente". (46)

Podemos decir entonces que el Derecho Positivo es el conjunto de normas jurídicas que tienen fuerza obligatoria en un momento y lugar determinados. Así que las leyes, reglamentos, códigos, etc., están aplicándose en la actualidad en nuestra República, constituyen el DERECHO POSITIVO MEXICANO.

El delito instantáneo en nuestro derecho positivo. Como expresamente lo señala el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7o. las clases de aparición del delito, cobran gran importancia, y así adquieren su fundamento legal dentro de nuestro derecho positivo.

46. Ricardo Soto Pérez, Nociones de Derecho Positivo Mexicano., p. 29

c) Derecho penal vigente

Concepto. El derecho vigente, es el conjunto de normas imperoatribuivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias. (47)

El derecho vigente se integra por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce y por los preceptos que formula. La vigencia deriva siempre de una serie de supuestos. Estos supuestos cambian con las diversas legislaciones. En cuanto al derecho legislado su vigencia se encuentra condicionada por ciertos requisitos que la ley enumera. (48)

Por ejemplo: De acuerdo con nuestra Constitución Política son preceptos jurídicos y, por ende, obligatorios los aprobados por la Cámara de Senadores, sancionados por el Ejecutivo y publicados en el Diario Oficial desde la fecha que en el acto de la publicación o en otra norma se indique.

Así pues, nuestro Código Penal para el Distrito Federal establece en forma clara cuando estaremos ante la presencia de un delito instantáneo así como la sanción a la que el sujeto activo se hará acreedor dependiendo de las circunstancias y móviles que llevaron al individuo a cometer la conducta delictiva.

47. Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, p. 37.
48. Idem.

3.2 Delito permanente o continuo

a) Concepto

El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. De tal forma, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenzando su realización con sanciones muy rigurosas que se conocen en el sistema social.

Este derecho penal cumple junto con otros ordenamientos normativos con una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito.

Por tanto, nuestra legislación penal es la encargada de mostrarnos los diferentes tipos de delitos que existen y los cuales enumera específicamente en su artículo 7o. Así pues en su párrafo II establece: "El delito es Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo". (49)

Esto es, en forma permanente cuando al violar el imperativo de la norma se prolonga por un determinado plazo de tiempo durante el cual se lesiona, sin destruir el bien jurídico protegido por ella.

Por ejemplo: El sujeto que priva de su libertad a otro.

El comportamiento es permanente ya que el privar al sujeto de

49. Código Penal para el Distrito Federal, p. 9.

su libertad personal para pedir rescate, esta conducta constituye el delito de plagio o secuestro; pues la violación de la norma se lleva a cabo con la detención de la persona y esta violación se prolonga por la propia conducta del agente en un espacio de tiempo, durante el cual se sigue lesionando el bien jurídico de la libertad hasta que intervenga alguna causa que lo haga cesar.

Por ejemplo: El sujeto que priva de su libertad a otro para pedir rescate. Artículo 366 del Código Penal para el Distrito Federal establece el delito de plagio o secuestro.

Artículo 366. "Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

I. Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquella.

II. Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;

III. Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o causarle un daño, sea a aquella o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;

IV. Si la detención se hace en un camino público o en paraje solitario;

V. Si quienes cometen el delito obran en grupo y,

VI. Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor".

Se puede advertir, en base a este ejemplo que el comportamiento es permanente ya que al privar al sujeto de su libertad personal para obtener rescate, ésta conducta constituye el delito de plagio o secuestro y se configura con lo señalado en la fracción primera del citado artículo; pues la violación de la norma se lleva a cabo con la detención de la persona y ésta violación se prolonga por la propia conducta del agente en un espacio de tiempo, durante el cual se sigue lesionando el bien jurídico de la libertad hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar.

La reforma penal de 1983 definió asimismo en la fracción II del artículo 7o. el delito permanente, al que innecesariamente y consolidando un anfibológico anacronismo ya superado en la literatura penal, se le denomina también "continuo". (50)

Afirmase que el delito es: "permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo".

En otro tiempo el delito permanente fue denominado "continuo", pero en la actualidad la autenticidad de los conceptos no tiene una explicación razonable, que en la reforma de 1983 al Código Penal se hubiere empleado en el artículo 7o. como sinónimo las denominaciones de "permanente y continuo". Por lo tanto esta anfibología em

pleada resulta incertada pues no se está hablando de fraes o palabras que ofrezcan dos sentidos contradictorios uno de otro.

Es preciso señalar en cuanto al delito permanente que no se debe de confundir con el delito de efectos permanentes que produce la conducta delictiva.

Por ejemplo: El delito de homicidio es de naturaleza instantánea no obstante que el efecto que produce (la privación de la vida) es permanente.

Por tanto, el delito de efectos permanentes se caracteriza, a diferencia del permanente, porque le falta al sujeto activo la posibilidad de hacer cesar la permanencia.

Fue subrayado por Campus y después recogido por otros penalistas, que en la raíz del delito permanente hay siempre un bien jurídico no susceptible de ser destruido, sino sólo obstaculizado en su libre ejercicio o goce, y que recobra su expansión primera cuando cesa la conducta. Es en relación con las normas que protegen algunos bienes jurídicos, el transcurso permanente de algunas conductas típicas. (51)

Esto no significa que lo que caracteriza la permanencia radice que fuera de la conducta. La naturaleza del bien ofendido no es base de la definición del delito permanente, sino presupuesto o condición.

La conducta es lo que se prolonga sin solución de continuidad

51. Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, p. 151.

por voluntad del agente cuando está en su mano ponerle fin.

El delito permanente se caracteriza por la creación de lo que se ha denominado estado delictivo, pues su consumación se prolonga con el tiempo.

Un concepto más es el de MAGGIORE dice: "Es el delito de consumación indefinida, el delito que dura y cuyo tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar. La duración de la consumación se origina en la persistente actuación antijurídica del autor". (52)

En este supuesto el agente puede hacer cesar el resultado de su acción y sus efectos jurídicos pues la consumación persiste por la actuación del individuo. En otros términos, en el delito permanente, no es la acción constitutiva del delito lo que se prolonga, sino la lesión jurídica. o mejor dicho, el estado antijurídico creado por la infracción.

Otro concepto sobre el delito permanente es el que nos proporciona el maestro Sebastián Soler que lo define en los términos siguientes: "Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos". (53)

En el delito permanente se puede concebir la acción como prolongada en el tiempo, pues existe continuidad en la conciencia y en

52. Francisco Pavón Vasconcelos, Las reformas...op.cit., p. 30.

53. Fernando Castellanos, op.cit., p. 139.

la ejecución; así como la persistencia del propósito del estado mismo de la ejecución. El delito permanente es el que tiene como rasgo característico que la lesión jurídica se extiende y persiste después de la consumación del delito.

Para ALIMENA existe el delito permanente: "Cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación". (54)

Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que sucede en los delitos instantáneos de efectos permanentes, en el cual no es la acción consumativa la que perdura (el sujeto ya no tiene más nada que hacer) sino el resultado.

Para el Profesor BATTAGLINI - dice - "El delito permanente podría llamarse delito de consumación continuada: no hay en él un momento consumativo, como en el delito instantáneo, sino un periodo consumativo, ya que la realización de los elementos objetivos perdura todo el tiempo que corre entre el hecho inicial y la cesación de la permanencia". (55)

En este tipo de delito, se dice que hay un periodo consumativo pues se inicia cuando comienza el estado de comprensión del bien jurídico protegido por la Ley, y dura todo el tiempo a través del cual la comprensión persiste.

CUELLO CALÓN, lo define como: "Aquél en que después de su con

54. Fernando Castellanos, op.cit., p. 139.
55. Mariano Jiménez Huerta, op.cit., p. 156

sumación continúa ininterrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquélla". (56)

Como ejemplos típicos de ésta figura delictiva suelen señalarse por la doctrina: el abandono de familia y la detención ilegal.

El delito permanente supone una actividad o comportamiento mantenido por el sujeto durante cierto tiempo en que el delito está cometiéndose sin interrupción.

En este caso se puede observar como característica fundamental para configurarse el delito permanente, que la permanencia de la violación jurídica es indispensable.

Dado uno de los ejemplos típicos de este delito, se encuentra el abandono de familia, pues la violación al bien tutelado persiste ya que se deja de atender a sus necesidades de subsistencia.

Los delitos permanentes, como hace notar ONECA, se consuman por una sola acción, al igual que sucede con los delitos instantáneos, pero luego se prolonga voluntariamente la situación antijurídica creada. (57)

Como señala ONECA, el delito permanente se caracteriza por la continuidad no interrumpida de la violación al derecho consumada por una sola acción que se prolonga voluntariamente.

Para PORTE PETIT, existe delito permanente: "Cuando una vez integrados los elementos del delito, su consumación es más o menos prolongada". (58)

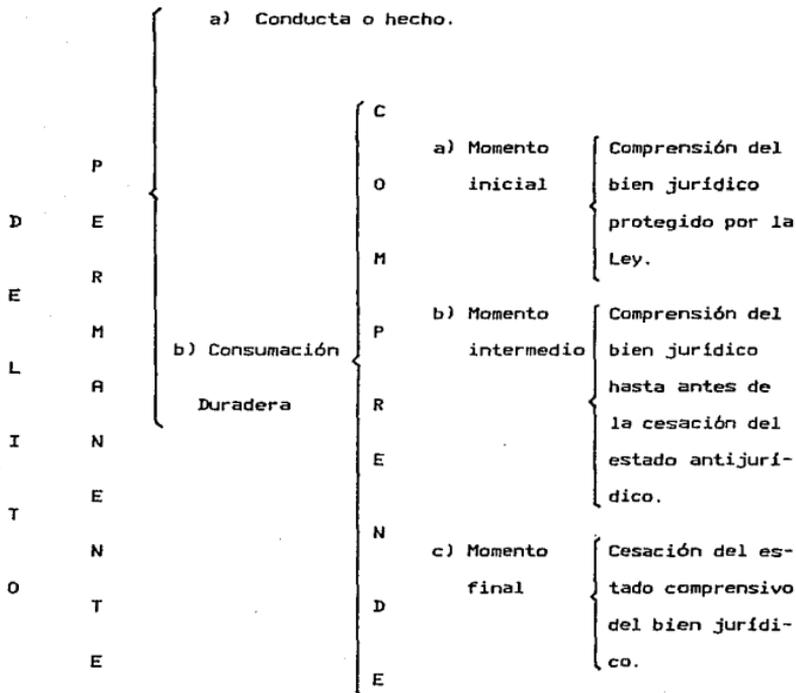
56. Alfonso Arroyo de las Heras, op.cit., p. 803.

57. Idem.

58. Celestino Candaudap, Porte Petit, op.cit., p. 222.

Asimismo se enumera como elementos del delito permanente:

- a) Una conducta o hecho.
- b) Una consumación más o menos duradera.



En contraposición al delito instantáneo la doctrina ha elaborado el concepto del delito permanente al que algunos autores denominan también continuo o sucesivo.

Para Giuseppe Maggiore, permanece: "es el delito de consumación indefinida, el delito que dura, aquel cuyo tipo continúa teniendo realidad hasta que intervienen alguna causa que lo hace cesar".
(59)

De acuerdo con los conceptos analizados, las distintas definiciones de los juristas permiten determinar como elementos constitutivos del delito permanente, los siguientes:

- a) Una acción u omisión, es decir, una conducta, y
- b) Una consumación duradera, creadora de un estado antijurídico.

La acción y la omisión integran la conducta que origina la creación de un estado antijurídico que se prolonga por más o menos tiempo, el cual coincide con la consumación duradera, elemento que según algunos comprende tanto la fase inicial de la comprensión del bien jurídico protegido por la Ley, el momento intermedio y la fase final o sea aquella en que cesa dicho estado.

Un sector de la doctrina distingue (tomando como género el delito continuo) entre delito permanente y delito sucesivo.

El primero se caracteriza porque el sujeto no necesita realizar ningún otro acto además del inicial que origina el estado antijurídico, donde este estado se mantiene una vez realizada la acción u omisión inicial. El delito sucesivo es aquél en que resulta indispensable una reiterada expresión de la voluntad criminal con inde

59. Francisco Pavón Vasconcelos, Concurso...op.cit., p. 109.

pendencia de la conducta inicial, expresión que tiende precisamente a mantener el estado antijurídico y por tanto a continuar la violación del derecho. (60)

Bien se estime el delito continuo como género, cuyas especies resultarían ser el delito permanente y el delito sucesivo o ya se identifique la noción de éstos, el hecho es que la unidad cronológica establecida en la consumación duradera fundamentada, en razón del tipo penal, la unidad jurídica de la conducta y por ello la unidad del delito.

Nuestro sistema penal unicamente alude al delito permanente o continuo sin hacer ninguna distinción pues se tipifica como un único delito llevado a cabo por una sola acción que puede ser prolongada en el tipo.

Asimismo y en relación al delito permanente algunos autores (como Carrará) encuentran dos fases.

- | | |
|--|---|
| 1. De naturaleza activa
(tratándose de delitos de acción) | Consiste en la realización del hecho previsto por la Ley. |
| 2. De naturaleza omisiva
(omisión) | Es el no hacer del agente, con lo que impide la cesación de la comprensión del bien jurídico. |

60. Ibid., p. 110.

Con la existencia de una fase negativa en el delito sucesivo (como apuntó Carrará) se origina la concepción bifásica del delito continuo. Pero frente a este criterio surge la llamada concepción monofásica, que ve en el delito continuo una acción o una omisión cuyos efectos se prolongan en el tiempo, por continuarse la violación al bien jurídico.

Contra este criterio se pronuncia Antolisei al negar la existencia de tales fases. Para él, de esos dos momentos, sólo uno de ellos es trascendente, o sea precisamente aquel que va de acuerdo con la conducta por el tipo descrita. (61)

En conclusión: Se puede decir que la mayoría de los autores coinciden con los diversos conceptos que se han señalado respecto al delito permanente o continuo, ya que todos establecen que para configurarse tal delito debe existir la participación de un sujeto activo que lleve a cabo una conducta; así como un periodo de tiempo en el que puede prolongarse voluntariamente la lesión jurídica, hasta el momento en que el sujeto activo lo haga cesar o intervenga alguna otra causa.

61. Fernando Castellanos, op.cit., p. 140.

b) Generalidades

El delito en general, tiene diversas modalidades de manifestarse y el Código Penal para el Distrito Federal establece estas formas, por lo que la reforma penal de 1983 promulgada por el ejecutivo de la Unión de Decreto del 30 de diciembre del citado año que aparece publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación (artículo primero transitorio), definió asimismo la fracción II del artículo 7o. el delito permanente al que se denomina también "continuo". Por tanto afirmarse que el delito es: "Permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo". (62)

Aunque la tradición jurídica nos enseña lo peligroso que resulta ordinariamente al insertar en los códigos penales, definiciones sobre determinadas instituciones jurídicas, al constreñir con ellas al juzgador a sujetarse a los términos adoptados en la norma positiva, no es menos cierto, que por excepción, tales definiciones pueden constituir asidero más o menos seguro, en la interpretación y solución de problemas prácticos que de otra manera no encontrarían fácil resolución.

Así pues, se ha establecido que el delito permanente fue designado en otro tiempo delito "continuo"; ejemplo de ello es el artículo 28, párrafo tercero, del Código Penal de MARTINEZ DE CASTRO, equívoco que reprodujo el párrafo segundo del artículo 19 del Códig

62. Francisco Pavón Vasconcelos, Las reformas...op.cit., p. 29.

go de 1931. Afirmada en la época actual la autenticidad de los conceptos, no tiene razonable explicación que en la reforma de 1983 se hubiere empleado en el artículo 7o. como sinónimos de las denominaciones de permanente y continuo. (63)

Denominan el delito permanente con el nombre de delito continuo los siguientes penalistas contemporáneos de Martínez de Castro: Ortolan (Elementos de Droit Penal, t. 1, París 1863, pag. 312) y Garraud (Precis de Droit Criminal, 4a. ed., París 1892, pag. 64) en Francia, Cianci (Reato simultáneo, complesso, continuato, en "Giurisprudenza Italiana", 1886, IV, pag. 131) en Italia. Es también aquí oportuno recordar que cuando Frank von Liszt (Tratado, t. 111, pp. 147 y 148) se refiere al delito permanente, escribe: "Sólo encierra también un acto, en razón de la unidad del resultado el llamado delito permanente (delito continuo) es decir, la realización no interrumpida del hecho delictivo...". Ha sido, empero, el pensamiento de Garraud el que de una manera decisiva influyó sobre Martínez de Castro, como se evidencía teniendo presente que el jurista francés consideraba delito continuo el que era susceptible, "Después de sus primeras realizaciones, de prolongarse, sin interrupción, durante un tiempo más o menos largo". Al utilizar el ilustrado jurista mexicano la expresión delito continuo para referirse al delito permanente, no hizo otra cosa que utilizar un nombre usual en aquel entonces en las fuentes informativas en las que abrevó su pensamiento.

63. Mariano Jiménez Huerta, op.cit., p. 152.

Todavía perdura dicha forma de expresión aunque no muy usual en algunos autores modernos. Esto acontece en las obras de Vidal et Magnol (Cours de Droit Criminal, 7a. ed. fascículo 1o., París 1927 pag. 118) y Donnedieu de Vabres (Precis de Droit Criminal, París 1946, p. 46). (64)

Sobre la definición legal del delito permanente surge una anfibología que resulta de la expresión "continuo". Este anfibológico nombre del delito "continuo" que emplea la Ley, ha sido superado ya que se ha dado la interpretación correcta al concepto mismo, es decir, a la acción u omisión que se prolonga en el tiempo.

La verdadera naturaleza del llamado en la Ley mexicana "delito continuo" fué captada por don José María Lozano en sus comentarios al Código de Martínez de Castro, al considerarle como un delito de "Tracto sucesivo" constituido por una "Serie no interrumpida de actos" cada uno de los cuales "Es una nueva reproducción del delito". La denominación del delito continuo tiene su origen en que en la época de Martínez de Castro se usaba frecuentemente dicha expresión por los penalistas ya mencionados con anterioridad para designar lo que hoy llamamos "delito permanente".

Actualmente dicha forma de expresión todavía perdura en algunos autores modernos (aunque ya no es muy usual).

64. Ibid., p. 152.

c) El delito permanente o continuo en el
Derecho Penal vigente.

Como ya se ha establecido, el Derecho Penal Vigente es el conjunto de normas impero - atributivas que en una cierta época y en un país determinado la autoridad política declara obligatorias. (65)

Por tanto, los conceptos que se han estudiado referente al delito permanente o "continuo" son de gran importancia en función de aplicar la Ley. Tratándose del delito permanente, ya se ha dicho que tiene un periodo de consumación más o menos duradero, son lugares de consumación todos aquellos en los que el agente realizando la acción o la omisión que lo constituyen impide la cesación del estado antijurídico originado con su conducta, y serán aplicables las sucesivas leyes vigentes en el tiempo de la duradera consumación, resolviéndose las cuestiones de sucesión de Leyes y de jurisdicción competencial, de acuerdo con las particulares reglas consignadas en el derecho positivo, ya de retroactividad si se trata de la aplicación de la ley más benigna o de competencia tratándose de concurrencia de jurisdicciones.

Así pues, el Código Penal para el Distrito Federal establece con claridad los casos en que nos encontremos ante la presencia de un delito "permanente" o "continuo".

65. Eduardo García Maynez, op.cit., p. 37.

CAPITULO IV

DELITO CONTINUADO

4.1 Antecedentes históricos

La historia del delito continuado se remonta a los siglos XVI y XVII particularmente con las obras de Claro y Ferinaccio. El primero sostenía que si el ladrón estuviera confeso de cometer varios hurtos en el mismo lugar y en distintos tiempos, esta confesión debía interpretarse para el ladrón favorablemente; esto es, que lo hizo en distintos tiempos continuadamente en un solo hurto y no en varios. Por su parte Ferinaccio afirmaba que no procedía la pena de horca por tres hurtos, cuando el ladrón hurtaba varias cosas al mismo tiempo; cuando alguien robara de un mismo lugar y en distintos tiempos, pero continuada o sucesivamente una o más cosas; o a aquél en que una sola noche y continuamente cometía diversos robos, en distintos lugares y aun en distintos objetos. Dicha unidad servía originalmente, en el periodo en que regía el principio de acumulación para el imposición de las penas, sobre todo para una justa reducción de la culpabilidad.

Tenemos también como antecedentes que la figura del delito continuado constituye en derecho español una regulación extralegal creada por los Tribunales.

En la práctica judicial no se resuelven todas las hipótesis de pruralidad de hechos delictivos conforme a los criterios de decisión establecidos por las normas legales para tales supuestos sino que cuando varios hechos reúnen determinadas características establecidas por los Tribunales, éstos aplican unos criterios de decisión distintos de los contenidos en la Ley. Resulta evidente que la

falta de regulación legal no ha impedido el nacimiento y desarrollo del delito continuado. Una simple ojeada a la jurisprudencia basta para comprobar que la institución del delito continuado es utilizada con frecuencia por los tribunales españoles.

La jurisprudencia más antigua ya empleaba la figura del delito continuado aunque de una forma confusa y sin mencionar en la mayoría de los casos el nombre "delito continuado".

En las sentencias más antiguas no se halla casi nunca una enumeración o una exposición de los elementos necesarios para la estimación de la continuidad delictiva. El procedimiento utilizado es más simple: se considera que una pluralidad de hechos constituye un solo delito, sin distinguir entre supuestos de unidad de acción con pluralidad de actos ejecutivos y delito continuado e incluyendo en la unidad de delito auténticos casos de pluralidad delictiva.

Pese a la falta de elaboración, aparecen ya dos notas características a las que el posterior desarrollo de la institución concederá gran importancia: Una referente a los hechos: La exigencia de indeterminación y otra que afecta a la configuración sustancial del delito continuado: La unidad de pensamiento o propósito.

La situación expuesta se mantiene básicamente hasta el año 1929, con la variación que supone la aparición en el periodo comprendido entre los años 1900 y 1928 de otros dos elementos del delito continuado: la unidad de sujeto pasivo y la unidad de ocasión.

(66)

El 1o. de enero de 1929 entra en vigor el Código Penal de 1928 cuyo artículo 164 regula la figura del delito continuado. Las escasas sentencias dictadas bajo la vigencia del mencionado texto legal presentan una situación contradictoria: En unos casos parece ignorarse el reconocimiento legal del delito continuado y se sigue considerando una pluralidad de delitos como uno solo, imponiendo y aquí se evidencia la inaplicación de lo previsto en el artículo 164 del Código Penal, la pena correspondiente a la totalidad de la cuantía de los sustraído.

Otras veces se hace referencia a la forma continua de la realización, supuesto previsto en el artículo 164, pero en el momento de determinar la pena se ignora lo prescrito por el precepto citado. Aunque en algunos casos se tomará en consideración no parece el artículo 164 del Código Penal de 1928 llegara a tener vigencia efectiva.

La escasa aplicación de la regulación del delito continuado contenida en el Código Penal de 1928 puede explicarse, con independencia del corto periodo de vigencia de aquel texto legal por el hecho de que no recogía como elemento del delito continuado la interterminación de los hechos, que ha tenido una relevancia decisiva en el nacimiento de la figura y sigue siendo actualmente el factor determinante de la estimación o desestimación del delito continuado. La no constancia de la cuantía del perjuicio causado en cada ocasión impedía determinar la pena correspondiente a la mas grave de las infracciones, por eso resulta imposible aplicar el artículo 164.

La jurisprudencia posterior, sobre todo a partir del año de 1931, configura de formas más detalladas, pero no siempre más clara la institución del delito continuado. Aparecen ya enumeraciones completas de los elementos que integran la institución, pero dichos elementos sólo se enuncian con objeto de su estudio exhaustivo, la importancia de cada uno es distinta según las necesidades del caso concreto y la interpretación que se hace de los mismos varía con el transcurso del tiempo.

A pesar de todas las confusiones y contradicciones que se hallan en el Tribunal Superior en materia de delito continuado es posible señalar las líneas fundamentales de la evolución de esta figura con las reservas derivadas del hecho de que casi siempre se pueden hallar excepciones.

A partir del año de 1931 la institución del delito continuado va adquiriendo firmeza en las resoluciones jurisprudenciales y se estructura en torno a una serie de elementos.

Estos, aunque sufren variaciones pueden sintetizarse en: Indeterminación procesal de los hechos, unidad de dolo, pluralidad de acciones, unidad de tipo y unidad de sujeto pasivo. A partir de ahí la evolución de la figura de la continuidad delictiva se reduce a las modificaciones que ha introducido la jurisprudencia del Tribunal Superior en la concreta configuración de cada uno de aquellos elementos y que afectan sobre todo a la unidad de sujeto pasivo y a la indeterminación procesal. (67)

67. María T. Castifeira, op.cit., p. 26.

La exigencia de unidad de sujeto pasivo, mantenida durante muchos años por la jurisprudencia del Tribunal Superior empieza a matizarse a partir de 1950. De ser un elemento exigido de forma constante pasa a constituir "una regla general que admite excepciones" o a ser considerada como un elemento "irrelevante o no según los casos", S. del 26 de marzo de 1974 (R. 1.458).

En la actualidad, si bien se sigue exigiendo en algunos casos unidad de sujeto pasivo la no concurrencia de este elemento "...no obsta a la aplicación del delito continuado...", S. de 4 de julio de 1974 (R. 5.305). El cambio de la postura de la jurisprudencia se debe a necesidades prácticas que explican también la contradictoria situación actual del elemento de unidad de sujeto pasivo. Se presentan casos en la práctica, cuya "adecuada punición", exige la aplicación de la figura del delito continuado y que no reúne todos los elementos tradicionalmente exigidos: en tales casos se estima el delito continuado unas veces sin mayores aplicaciones y otras poniendo en duda la necesidad del elemento que falta en el caso concreto.

Junto a ellos y en los supuestos tradicionales de delito continuado se sigue manteniendo la exigencia de todos los elementos que según la jurisprudencia integran aquella figura.

En la jurisprudencia del Tribunal Superior la noción de delito continuado aparece originariamente muy vinculada (y en la mayoría de los casos confundida), con la unidad de acción. Parece indudable que los supuestos que antiguamente se consideraban como una sola acción, constituyen los inicios de la construcción jurisprudencial del delito continuado. La confusión entre acción única y delito con

tinuado es constante a lo largo de la evolución jurisprudencial; junto a resoluciones que exigen claramente pluralidad de acciones, se hallan otras que o se refieren a actos ejecutivos que son parte de una acción o consideran explícitamente al delito continuado como un caso de acción única.

En resumen: se puede decir que el origen de este delito según la opinión dominante, fue principalmente humanitario por razones de benignidad, como ya se ha establecido; pues se trataba de evitar por los prácticos del Renacimiento, y especialmente por los criminales Italianos, Claro y Farinaccio, la fatalidad de la pena capital prevista por las Leyes Italianas en esa época, para quien hubiera cometido el tercer hurto, aún cuando todos ellos fueran de poca entidad. Esta circunstancia fue referida únicamente al delito de Hurto.

4.2 Generalidades

A través de la figura del delito continuado, una serie de acciones delictivas son sometidas a un tratamiento unitario. En lugar de tomar en consideración cada una de las acciones realizadas, todas son tratadas como un sólo delito. Así pues, se debe determinar que características objetivas han de reunir tales acciones para poder ser objeto de un tratamiento unitario y si debe tratarse de acciones homogéneas o pueden ser diversas.

El delito continuado se puede definir como "una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente, que son objeto de una valoración jurídica unitaria". (68)

La sentencia del 24 de noviembre de 1975 (A. 4.508) considera que el delito continuado es aquel que "... Está formado por varios actos, cada uno de los cuales, estimado aisladamente reúne todas las características de un delito o de una falta consumados o intentados, pero que se califican globalmente como si se constituyera un solo delito...".

En términos idénticos define el delito continuado la sentencia del 20 de febrero de 1976 (A. 802) (las dos resoluciones recogen literalmente la definición de J. M. Rodríguez Deyesa).

La institución del delito continuado se estructura en torno a tres elementos; primero: Pluralidad de acciones u omisiones, cada

68. Ibid., p. 15.

una de las cuales individualmente considerada ha de constituir delito o falta; segundo: Infracción de un mismo tipo por cada una de las acciones u omisiones; y tercero: Un elemento de carácter subjetivo, que se ha interpretado de formas muy diversas e incluso se ha reputado innecesario.

En el derecho español la figura del delito continuado es una creación jurisprudencial. Ni el concepto ni el delito continuado es establecido por el Tribunal Superior, ni los elementos exigidos para apreciar la mencionada figura se ajustan exactamente a los expuestos anteriormente.

A nivel legal la figura del delito continuado sólo fue recogida por el Código Penal de 1928. Según el artículo 164 de aquel texto legal las reglas de acumulación de penas "tampoco serán aplicables cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser aplicables, a juicio del tribunal, como una sola acción continua.

"En estos casos, sólo se aplicará la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados a la pena inmediatamente superior en el grado que se estime procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pueda aquella ser inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiera. (69)

Los restantes Códigos no hacen referencia a la noción de continuidad. El concepto de delito continuado aparece de nuevo en el an

69. Ibid., p. 16.

teproyecto de bases de libro I de Código Penal. "Se admite y define el delito continuado, antes desconocido en el Código, si bien aplicado por la jurisprudencia con una construcción restringida, pues se considera como una ficción jurídica justificada exclusivamente por las necesidades prácticas para resolver las dificultades que se presentaban en el caso de falta de datos para la individualización de un conjunto de acciones.

"Ahora se acomete una concepción más amplia del delito continuado, determinando su concepto y caracteres en la parte general que posibilitará su aplicación generalizada".

El delito continuado queda configurado, según el anteproyecto, de la siguiente manera: "Para la pluralidad de acciones esencialmente idénticas, que violen una misma norma y repondan a un designio único, se contruirá con estos elementos el concepto legal de "Delito continuado", que será considerado como un sólo delito, favorezca o no al culpable". (70)

En torno al tema es necesario aludir a la naturealeza y fundamento jurídico del delito continuado ya que ha sido objeto de controversia sin que aun hoy en día se apunten soluciones de aceptación generalizada y ésta discusión se centra en determinar si esta figura constituye una ficción jurídica o una realidad natural.

La concepción del delito continuado como una ficción jurídica parte de las bases de que se trata de varios hechos delictivos que por algunas razones, variables en cada ordenamiento son tratados co

70. Ibid., p. 17.

mo si constituyeran un solo delito.

Según, esta concepción, no existe una realidad que pueda calificarse de delito continuado, sino que ante una realidad delictiva plural el derecho actúa como si se hallara ante un único delito.

Si por el contrario se califica el delito continuado de realidad natural y se acude al elemento subjetivo como medio de unificación, las diversas acciones aparecen ante el derecho como un todo unitario. Una postura intermedia que se acerca más a la ficción que a la realidad natural, considera que el delito continuado es una realidad jurídica.

La teoría que podemos denominar clásica se halla íntimamente ligada al origen histórico de esta figura delictiva que se desarrolló por los prácticos Italianos de los siglos XVI y XVII, en especial por FARINACCIO, en favor del reo y con el propósito de evitar la pena de muerte prescrita para el tercer hurto. Según esta teoría el delito continuado no es sino una ficción jurídica. En virtud de que esta ficción, los distintos delitos (concurso real delitos) son considerados como un sólo delito, evitándose así la acumulación de penas. (71)

Esta teoría es mantenida por Carrará en Italia y dentro de nuestra doctrina Cuello Calón, Ferrer Sama y Camargo, para el cual se trata de una ficción jurídica por virtud de la cual se obtienen resultados más justos mediante la imposición de una pena inferior atendida la menor culpabilidad del sujeto.

71. Alfonso Arroyo de las Heras, op.cit., p. 794.

En derecho español, la doctrina más generalizada se inclina por la teoría de la ficción. La jurisprudencia oscila entre las posturas antagónicas de la ficción y la realidad natural.

Por ejemplo: Una muestra de las resoluciones jurisprudenciales que se inclinan por la teoría de la ficción la constituyen las sentencias del 8 de junio de 1967 (R. 050) y 27 de octubre de 1972 (R. 4.454).

La primera de ellas al enjuiciar la conducta del procesado "Que estando autorizado para el cobro de las cantidades que por giro postal se recibieran en la gestoría de que era auxiliar de oficina, y que inmediatamente debía ingresar a la caja, entregándoselas al funcionario encargado de ellas, decidió aprovecharse de todas las cantidades que cobrara sin entregarlas al cajero, abonándolas en la cuenta del remitente para evitar ser descubierto, lo que así efectuó en veinte fechas distintas y con cantidades precisas, en veinte distintas ocasiones...". Califica los hechos como constitutivos de un delito continuado y afirma que esta infracción criminal es "... el resultado, no de una ficción adjetiva o procesal sino jurídica por tener entidad sustantiva suficiente, derivada de su misma condición real o de hecho. Productora de una estructura natural...". Según la sentencia del 27 de octubre de 1972 (R. 4.454) "... el calificativo de ficción jurídica... para determinar el delito continuado es sumamente acertado...". (72)

Estas diversas opiniones jurisprudenciales sobre la naturaleza

del delito continuado no se halla en los hechos enjuiciados en cada caso.

Otra de las teorías es la de la ficción jurídica que frente a ésta se encuentra la teoría de la unidad real o de la realidad natural. Según esta teoría, mantenida entre otros por IMPALLOMENE, CATANIA y ALIMENA, el delito continuado es una unidad real, toda vez que existe una misma resolución criminal y una única lesión jurídica y, por tanto, el hecho de que se actúe dos o más veces afectará únicamente a los modos de ejecución.

Así, afirma ALIMENA que el delito continuado es único subjetiva y objetivamente. Subjetivamente porque es único el dolo, única la resolución y desde el primer momento el agente tiene la representación de todas las acciones sucesivas, objetivamente porque no importa que las cosas se consigan de una sola vez o en varias sucesivas. (73)

Alimena dice que este delito se integra por la intención (que es el dolo) y la lesión jurídica, y la acción sólo es el medio. La pluralidad de acciones no puede dar lugar por sí misma, toda vez que la acción es un medio de pluralidad de delitos.

La distinta calificación-delito continuado como ficción jurídica o como realidad natural- no implica (ni responde) a una correlativa variación en la esfera de los hechos que se consideran constitutivos de un delito continuado.

73. Alfonso Arroyo de las Heras, op.cit., p. 794.

Por ejemplo: Los hechos probados correspondientes a la sentencia del 16 de junio de 1972 (A. 3.156) que afirma que "...el delito continuado más que una ficción jurídica y medio de benigna interpretación, es una realidad natural y sustantiva.; "son las siguientes: "... El inculpado apoderado de la entidad querellante, se adueñó de 270,000 pesetas en fechas indeterminadas de su gestión con ánimo de lucro, tratándose de dinero que para aquella administración, e igualmente entre finales del año 1968 y 4 de junio de 1969, vendió un número de coches no superior a 21 pertenecientes a la empresa, disponiendo para sí del precio de 1'295,000 pesetas que logró como precio de ellos...". Estos hechos no difieren sustancialmente de los correspondientes a la sentencia del 8 de junio de 1967; sin em bargo, según está última resultaba necesario acudir a una ficción para considerar que se trataba de un sólo delito continuado. (74)

Una teoría más, es la llamada de la realidad jurídica mantenida principalmente por FRANK y otros penalista alemanes según la cual, el delito continuado es una creación del Derecho, surgiendo del Derecho consuetudinario donde la ley no lo previene, y todo ello por razones de conveniencia. Según los partidarios de esta teoría, en el delito continuado no puede hablarse de unidad de dolo, ya que cada acción es una manifestación de voluntad, ni siquiera, en la ma yoría de los casos, el designio común, base de la teoría de la fig ción jurídica. (75)

ANTON ONECA, afirma que, a primera vista, entre la teoría Ita

74. María T. Castiñeira, op.cit., p. 19.

75. Alfonso Arroyo de las Heras, op.cit., p. 795.

liana de la ficción y la alemana de la realidad jurídica no existen diferencias sensibles, ya que ambas explican la institución como obra del Derecho, en oposición a la realidad natural.

Sin embargo, difieren en el fundamento, ya que para los italianos es evitar la acumulación de penas en beneficio del reo y para los alemanes es un motivo de utilidad y oportunismo y, por lo tanto difieren también en las consecuencias, ya que mientras los primeros las limitan al ahorro para el condenado de los efectos desfavorables de la pluralidad de infracciones, los segundos, afirmada la realidad jurídica, ven en el hecho un sólo delito cualesquiera que sean los resultados.

FUNDAMENTO. La consideración de que el delito continuado constituye una ficción obliga a buscar las causas en virtud de las cuales una pluralidad de infracciones es tratada como unidad por el derecho.

En primer lugar, y en los orígenes históricos de la institución, el fundamento de la misma se halla en razones de benignidad: primero por evitar la imposición de la pena de muerte al tercer hurto y más tarde obviar las consecuencias de las reglas de acumulación de penas previstas para el concurso. Así pues, el delito continuado se ha concebido como un medio de adecuar la pena a la gravedad del delito, es decir, se convierte así en un recurso para sancionar adecuadamente hechos, que por su número, gravedad y sobre todo por constituir partes o fragmentos de un plan más amplio, resultarían castigados si se aplicaran las reglas generales con una pena

desproporcionada a su gravedad. Ante ésta desproporción que en algunas ocasiones se produce entre la gravedad de unos hechos y la pena que les corresponde, los Tribunales en virtud de "La labor de realización de la justicia" que tiene encomendada tratan de conseguir una mayor adecuación entre la gravedad del hecho y pena mediante la figura del delito continuado. Pero el delito continuado no es una figura idónea para cumplir la función que le asigna la corriente jurisprudencial expuesta porque su aplicación no tiene como consecuencia una mayor adecuación de la pena a la gravedad de los hechos enjuiciados. (76)

Para concluir, cabe hacer notar que nuestro Código, a diferencia de otros como el Italiano, el brasileño y otros más, no hacía referencia alguna al delito continuado hasta la reforma del 25 de junio de 1983, alguna que fue salvada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que hizo aplicación de la continuación en numerosos fallos aunque con muy diversos criterios, lo que convirtió a ésta figura en una de las más debatidas dentro de nuestra doctrina.

EL DELITO CONTINUADO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO. Como expresamente se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal del 25 de junio de 1983, "Los conceptos de delito continuado y de delito masa son importantes creaciones jurisprudenciales desconocidas por el Derecho positivo, aunque no impedidas... la experiencia enseña que este vacío legal ha dado lugar a oscilaciones en la apreciación de aquellas estructuras de responsabilidad, e incluso a variaciones en los requi

76. María T. Castiñeira, op.cit., p. 23.

sitos que exige la propia jurisprudencia y la doctrina científica. A partir del principio de conceder primacía valorativa, en orden a la calificación del hecho o hechos, a la lesión jurídica, única o plural por encima de la unidad o pluralidad de acciones, se introduce un nuevo precepto, el artículo 69 bis, destinado a cubrir el vacío legal existente y a fijar positivamente los elementos que no pueden faltar para la apreciación del delito continuado que adquiere así fundamento en el Derecho Positivo". (77)

Consecuentemente, como excepción a la regla general establecida por el artículo 69 según la cual "al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones", se dispone en el artículo 69 bis; "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior el que en ejecución de un plan concebido o aprovechando idéntica ocasión, realizarse una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos se infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se trata de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones, el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la tensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

77. Alfonso Arroyo de las Heras, op.cit., p. 799.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las congtitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. (78)

NOTA: Se trata de una transcripción casi literal del artículo 86 del Proyecto de 1980, como lo demuestra la referencia a infragciones "contra el patrimonio", rúbrica del T.V. del L. II del proyecto, cuando en el Código se mantiene la rúbrica "De los delitos contra la propiedad". (T. XIII del L. II).

78. Ibid., p. 799.

4.3 Concepto

Bajo la rúbrica de pluralidad de acciones y unidad de delitos se encuadra por la doctrina una de las modalidades delictivas: el DELITO CONTINUADO. Este es el caso típico en que una pluralidad de conductas constituye, sin embargo, una unidad de delito. La noción de este delito fue desconocida en el Derecho Romano y sólo aparece señalándose a los prácticos Italianos como los primeros que elaboraron su concepto, el cual no tuvo otro fin que el evitar la aplicación de la pena de muerte al autor del tercer hurto, a virtud de la excesiva dureza de la penalidad impuesta a este delito: el cual se estudiará a continuación.

La fracción III del artículo 70. del Código Penal para el Distrito Federal, recoge el delito continuado y lo define diciendo: "El delito es: Fracción III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal". (79)

En la doctrina se estructura la noción del delito continuado con base subjetiva, sin prescindir de requisitos de índole estrictamente objetiva. La reiteración de una misma conducta o acción que individualmente considerada es perfecta en su identidad típica sólo puede integrar la unidad del delito, no obstante presentarse como una pluralidad de delitos, a virtud de la unidad de la resolución o del propósito del agente y a la identidad de la lesión jurídica.

79. Código Penal para el Distrito Federal., p. 9.

Se estima un delito continuado cuando en la realización de varios hechos concurren determinados elementos. Estos no se han mantenido uniformes desde el nacimiento de la institución sino que han ido variando con el transcurso del tiempo en un intento de adaptar la figura a las necesidades de cada momento.

Los elementos del delito continuado se han clasificado desde puntos de vista diferentes. Entre las múltiples clasificaciones cabe destacar:

ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS. La doctrina más generalizada exige para estimar un delito continuado varios elementos de carácter objetivo y uno subjetivo.

Elementos fundamentales y secundarios. Son fundamentales aquellos sin cuya concurrencia no puede apreciarse la continuidad delictiva; y secundarios los que pueden facilitar o aclarar la admisión del delito continuado, pero cuya inexistencia no impide la estimación de aquél. Los elementos secundarios no son propiamente elementos del delito continuado, aparecen con frecuencia estrechamente ligados a alguno de los principales y actúan como prueba o indicio de su concurrencia. (80)

Un concepto que nos proporciona el Maestro QUINTANO define el delito continuado afirmando que "En términos generales hay delito continuado cuando se ejecutan varias acciones u omisiones obedeciendo a un mismo propósito final delictivo integrante de igual precepto penal y no interrumpido por la presencia de procedimiento judi

80. María T. Castiñeira, op.cit., p. 15.

cial". (81)

Afirma Quintano que "La máxima dificultad teórica y práctica en materia de concurso de delitos se ofrece, sin duda en torno a los llamados continuados, donde puede decirse que todo es discutido y discutible, desde su gestación histórica hasta la propiedad del nombre y, sobre todo, a lo tocante a su naturaleza y requisitos". (82)

La misma denominación de delito continuado se presta a confusiones, ya que no se designa con ella es un procesos de ejecución ininterrumpido, como a primera vista pudiera pensarse, sino muy al contrario, una conducta interrumpida, es decir, una serie de acciones separadas por el tiempo.

Un concepto más es el que nos proporciona el Maestro ONECA: "Consiste en dos o más acciones homogéneas realizadas, en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica". (83)

Según ALIMENA, en el delito continuado "Las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola", mientras para SOLER este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias ocasiones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la Ley. (84)

81. Alfonso Arroyo de las Heras, op.cit., p. 793.

82. Idem.

83. Idem.

84. Fernando Castellanos, op.cit., p. 139.

Para FERNANDO CASTELLANOS, en el delito continuado se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Por tal razón para CARRARA la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste:

1. Unidad de resolución.
2. Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución): y
3. Unidad de lesión jurídica. (85)

Como ejemplo se puede citar el caso de un individuo que decide robar quince bicicletas, y para no ser descubierto, se apodera de una diariamente hasta que acompleta la cantidad propuesta.

En términos generales se puede afirmar que existe delito continuado cuando un sujeto realiza varias acciones las cuales constituyen infracción a un mismo precepto penal. Es decir, cuando el sujeto con unidad de propósito ejecuta acciones en distintos momentos, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución de un sólo delito.

Por tal motivo, y atendiendo a los diversos conceptos establecidos se puede afirmar que son elementos del delito continuado los siguientes:

- a) Pluralidad de conductas;

85. Fernando Castellanos, op.cit., p. 139.

- b) Unidad de propósito delictivo, y
- c) Identidad de lesión jurídica.

Estos caracteres son los que dieron fisonomía al artículo 81 del Código Penal Italiano, el cual exige para estructurarlo. "Un mismo designio criminosos" y la violación "de una misma disposición legal". (86)

De contexto similar también es el reciente Código Penal de la República de Panamá, cuyo artículo 62 prescribe: "Se considera como un sólo delito la infracción repetida de una misma disposición penal cuando revele ser ejecución del mismo designio, pero la pena se aumentará, en ese caso, desde la sexta parte hasta la mitad". El proyecto de reformas al Código Penal Chileno de 1946 encontró idéntica inspiración al expresar: "Se sancionarán como un sólo delito, con el máximo señalado en la Ley, todos aquellos hechos penados por una misma disposición que en su ejecución respondan a un dolo inicial único". (87)

86. Francisco Pavón Vasconcelos, Las reformas...op.cit., p. 32.

87. Idem.

4.4 Criterio de Punibilidad

Se considera que mediante la figura del delito continuado se logra castigar de forma más adecuada, que aplicando las normas de concurso, un apluralidad de delitos que presenta unas características de terminadas. El delito continuado se encuentra precisamente en los límites del delito unitario y de la pluralidad o concurso de delitos.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 64 regula las sanciones para el caso de concurso y de delito continuado, y es claro al establecer para éste un incremento de penalidad con respecto a la sanción que correspondería al delito unitario. Asimismo, el precepto legal antes citado establece. (88)

Artículo 64. "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada una de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero.

88. Código Penal para el Distrito Federal, p. 27.

En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

La punibilidad a que se refiere el concurso ideal es la que se rige por el sistema de absorción de la pena; ya que el tipo más grave absorbe a la más leve, es decir, únicamente se aplica una pena que absorbe a la más leve. Por ejemplo: Un individuo con un disparo de arma de fuego, mata a su adversario, lesiona a un transeúnte y causa daños en propiedad ajena.

En este caso sólo se sancionará al individuo por el delito de homicidio que es el más grave con respecto al de las lesiones y al de daños en propiedad ajena. Este supuesto se presenta atendiendo a lo previsto por el artículo 307 del Código Penal para el Distrito Federal que establece: "Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión". (89)

En el caso de las lesiones el artículo 292 del Código Penal en su párrafo segundo establece la pena máxima que se impondrá en el supuesto de las lesiones y señala: "Se impondrán de seis a diez años de prisión al que infiere una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales". (90)

La punibilidad para el delito de daños en propiedad ajena lo señala el artículo 397 del Código citado que a la letra dice:

89. Código Penal para el Distrito Federal, p. 109.

90. Ibid.

"Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de:

- I. Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona;
- II. Ropas, muebles u objetos de tal forma que puedan causar graves daños personales;
- III. Archivos públicos o notariales;
- IV. Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos, y
- V. Montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género". (91)

De acuerdo a lo previsto por los artículos antes mencionados y con respecto al ejemplo, claramente se puede observar que el delito de homicidio es el más grave y el que absorbe a los otros delitos; por tanto, el sujeto únicamente será sancionado por un delito el cual podrá aumentarse hasta en una mitad más del máximo de duración sin que exceda de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

En el supuesto de concurso real el sistema seguido por el legislador para la punición es el de acumulación en virtud del cual

91. Código Penal para el Distrito Federal, p. 132 y 133.

la pena de cada delito se determina separadamente y luego se suman. Por ejemplo: El delito de falsificación de documentos y lo que resulte cometido mediante su uso, según la determinación del artículo 251 del Código Penal que textualmente dice: "Si el falsario hiciera uso de los documentos u objetos falsos que se detallan en este título, se acumularán la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente". (92)

Claramente resultan aplicables las reglas de la acumulación para la falsificación y el fraude cometido a través del uso del documento falso. Como consecuencia se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor y se podrá aumentar con la suma de las penas que correspondan a cada uno de los demás delitos cometidos.

En el delito continuado, el sistema de punición que recoge nuestro Código excluye la aplicación de las reglas de acumulación real y la pena correspondiente al delito será al de éste, considerado unitariamente, la que podrá incrementarse en una tercera parte. Por ejemplo: Un sujeto comete el delito de robo mediante actos parciales, dando lugar al delito continuado, sobre objetos cuyo valor rebase al equivalente a 500 veces el salario mínimo, es este caso la sanción es de cuatro a diez años de prisión y la pena máxima que podría imponérsele sería de diez años; y por la continuidad podría aumentarse la pena en una tercera parte.

De todo lo anterior se puede concluir en base a los conceptos

92. Código Penal para el Distrito Federal, p. 33.

vertidos que el "delito continuado" puede definirse como "Una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente siendo objeto de una valoración jurídica unitaria".

Por tanto, se considera que el delito continuado es unitario aunque los hechos fueren varios ya que todos tienden a un mismo fin y a un mismo resultado. Su punibilidad se efectúa en base a un delito único sin importar cuantos fueron los actos parciales ni cuando se ejecutaron cada uno de ellos ya que todos tendieron a un mismo resultado.

La pena se determina con arreglo a criterios distintos según el tipo de delito cometido; dando lugar a que la estimación de la continuidad pueda resultar indistintamente beneficiosa o perjudicial para el reo.

En México, el delito continuado tiene aplicación, por lo general, en ilícitos de naturaleza, patrimonial (robo, fraude, abuso de confianza). En estos delitos, para su penalidad, se atiende a la cuantía determinada a razón de salarios mínimos. Cuando el valor del objeto de apoderamiento, el monto de lo sustraído o la cantidad que con lucro es obtenida, rebasa ciertos límites, al procesado, habida cuenta de la penalidad, no tiene derecho a obtener beneficio de libertad provisional bajo caución. En este tipo de delitos económicos como la pena depende de la cuantía, dentro de ciertos límites establecidos por la Ley, es suficiente con establecer el valor total de lo sustraído o apropiado sin que sea esencial que conste la individualidad y el valor aislado de cada uno de los objetos que componen el botín.

Cabe mencionar que las legislaciones de los distintos países, para su tratamiento pueden adoptar dos caminos distintos: Contener una referencia expresa en los Códigos, como en el caso de México, a partir de 1984, o bien establecerlo jurisprudencialmente, como una limitación en la aplicación de las reglas del concurso real. Esto último sucedía en nuestro país antes de que la figura del delito continuado se incluyera en el artículo 7o. del Código Penal, quedando a cargo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, la delimitación de sus elementos y contenido.

Aún cuando parece que esto no tiene trascendencia práctica, ya que se reconozca en los Códigos o se establezca en la Jurisprudencia, se aplica la unidad del delito continuado cuando se surten sus elementos, si hay consecuencias dignas de consideración.

Si se observa la estructura del artículo 7o. del Código Penal, podrá advertirse que el delito continuado se incluye como una categoría de delitos, distinguiéndolo del delito instantáneo y del delito continuo o permanente cierto este criterio resulta un tanto incierto, ya que no estamos en presencia de un delito en el que sus elementos constitutivos se agoten en un momento diverso al de aquéllo respecto de los cuales se pretende distinguirlo, si no más bien de una ficción jurídica adoptada para la aplicación de las sanciones diferenciándolo de los concursos real e ideal.

Por tanto, esto sí presenta una trascendencia práctica y consecuencias de consideración de carácter procesal ya que el delito continuado se sanciona con una pena como un sólo hecho y la cuestión será problemática cuando en algunos supuestos se discuta que marco

penal es aplicable al hecho cometido; siendo esto una de las más di
ficultosas cuestiones que presenta el delito continuado. La soluci
ón más adecuada es la que toma como marco penal para la determinaci
ón de la pena, aquella que corresponde al hecho individual más grave.

La determinación de que un delito es instantáneo, permanente o
continuado tiene gran relevancia para los efectos de la distinción
con el concurso de delitos, y asimismo, para determinar su punibilidad.

4.5 Confusión de la Administración de justicia para su aplicación.

Sin duda alguna, una de las mayores dificultades que surge de la figura jurídica del delito continuado, es de la confusión en la administración de justicia para su aplicación. El estudio del delito continuado pone de relieve la inconsistencia de tal noción. Inconsistencia que se deriva de una serie de confusiones que se producen en el seno de la figura al tratar de determinar si el presupuesto se constituye por una pluralidad de acciones o por una acción realizada de forma específica que debería denominarse continuada. Tomando en cuenta el origen histórico del delito continuado el problema se transporta hacia el de la aplicación de las penas ya que su origen se encuentra en la creación de una ficción jurídica establecida con la intención de beneficiar al autor de diversos delitos unidos, respecto de los cuales se aplicaban las reglas del concurso. A pesar de ello, en la actualidad por su ubicación en el Código Penal para el Distrito Federal, su tratamiento influye en toda la tramitación del proceso, y no solamente en la sentencia en la que se imponen las penas. A pesar de tratarse de una figura que obedeció, en su momento, a una política criminal de favorecimiento al autor de diversos delitos, hoy en día puede resultar perjudicial, ya que actualmente la institución del delito continuado se basa en razones de utilidad convirtiéndose en una figura destinada a resolver problemas de orden procesal, tales como la indeterminación de las acciones, las dificultades o deficiencias de prueba sobre el número

de acciones realizadas; se trata de evitar que queden impunes acciones que no pueden ser probadas con exactitud. En efecto, de tratarse de una pluralidad de acciones y de delitos, sancionados a la luz de las reglas del concurso real, la acumulación de las penas se lleva a cabo en la sentencia, por lo que sí los delitos individualmente considerados permiten la concesión del beneficio de libertad provisional bajo caución, el procesado puede disfrutar de este beneficio, sin importar el número de delitos que se le atribuyan. En cambio, el delito continuado (figura que debería favorecerle), a pesar de que los actos parciales autoricen la concesión del beneficio aludido, éste en la mayoría de los casos no se concede, por la integración de los actos parciales en una unidad que tiene lugar desde el inicio del proceso y no en el momento de la punición.

Los criterios de los tribunales no son uniformes por cuanto a los elementos que deben reunir los actos parciales para la configuración de una unidad, llegándose incluso en ocasiones a confundirlo al momento de su aplicación.

El problema fundamental surge precisamente a partir de la consideración al plantear la posibilidad de existencia de un delito continuado cuando se constata la realización de varias acciones delictivas y de distinguir esta figura con el concurso real de delitos. Este problema es frecuente encontrarlo en la práctica de los tribunales actos parciales que debieron ser considerados como delito continuado, en aplicación del artículo 7o. del Código Penal, cuando en realidad se estimaron como pluralidad de delitos, aplicando las reglas de la acumulación, o se estimó una unidad, pero sin

hacer referencia al delito continuado, y por ende, sin aplicar las penas acordes a esta figura jurídica. Igualmente, los errores que se originan al inicio del proceso, en muchas ocasiones impiden al sujeto obtener el beneficio de la libertad provisional cuando en realidad ésta sí era procedente por no satisfacer la unidad, en caso de que los actos parciales constitutivos de diversos delitos, lo permitieran.

Por tal motivo, del estudio referente al Delito continuado se observa que la principal problemática que surge al torno de esta figura jurídica radica en poder diferenciar en que casos nos encontramos frente a un concurso real de delitos en relación con otros donde se presenta el delito continuado. El derecho positivo plantea la solución cuando obliga a considerar la finalidad con que se conduce el sujeto activo del delito si el fin va dirigido a un objeto específico y para conseguirlo despliega varias conductas que en su conjunto dan como resultado conseguir el bien o bienes sobre los que se ha puesto la atención, estaremos frente a un delito continuado. Si el sujeto nunca se propone como fin un objeto determinado y viola el mismo precepto en diversas ocasiones estaremos frente a un concurso de delitos; por ejemplo, si una persona se pretende robar una caja de refrescos y para que no lo descubran toma una diariamente pero siempre con la finalidad de apoderarse de toda la caja estaremos en presencia de un delito continuado; si por el contrario al sujeto se le hace fácil tomar un refresco diariamente pero nunca pasa por su mente el llegar a apoderarse de un número determinado de refrescos estaremos en presencia de un concurso real de delitos. Es por eso que considero que la problemática de poder delimitar las fi

guras que se mencionan, debe atenderse a una verdadera interpretación de la Ley, procurando no violar garantías constitucionales al aplicarse analogía; es por ello que principalmente propongo a los órganos que intervienen en el procedimiento penal que atiendan a los criterios jurisprudenciales que han surgido con motivo del DELITO CONTINUADO y con el concurso de normas y delitos, pues el problema principal se origina desde la averiguación previa donde el Ministerio Público ejercita su acción penal la mayoría de las veces por delito continuado confundiendo el caso con el concurso y es necesario aclarar que no es lo mismo acusar a un individuo de robo de 10 plumas y que toma una diariamente hasta acompletar la cantidad propuesta, que por el monto total de las 10 plumas, si se robara en un solo acto, ya que esto repercute en violación de garantías pues llega a afectar la posibilidad de que un sujeto tenga derecho a una libertad provisional, a una fianza que no debiera ser cuantiosa, a una sentencia injusta por exceso en la imposición de la pena o viceversa en cualquiera de los casos que se cita; lo cual implica en su totalidad una sobrepoblación injusta en las cárceles, o bien concederle la libertad a personas que no deberían tener derecho a ella. Es por ello que resulta necesario una mejor preparación y actualización por quienes participamos en el campo jurídico y particularmente por aquellos que tienen a su cargo la facultad de decisión en los juicios criminales ya que de ello depende la correcta administración de justicia.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las diferentes doctrinas se puede concluir que la "Teoría del delito" se fué desarrollando a través del tiempo y con ello los elementos constitutivos que marcarían la caracterización propia para el concepto del delito quedando estructurado como una Conducta, Típica, Antijurídica y Culpable.

A su vez el delito se clasifica en instantáneo, permanente o continuo y continuado.

El delito será instantáneo: cuando con una sola acción conjunta y totalmente se hayan realizado todas sus elementos constitutivos en el momento mismo de la consumación.

Es decir, que al reunir todos los elementos en su ejecución se trate de un delito consumado para que ésto marque la categoría de un delito instantáneo.

El delito es permanente o continuo: cuando por medio de una acción se lesiona un bien jurídico por tiempo indeterminado para su consumación hasta que sea voluntad del sujeto activo ponerle fin o intervenga alguna otra causa que lo haga cesar.

Este es un delito que pone en peligro los intereses protegidos por la norma violada, a diferencia de lo que sucede en el instantáneo donde los intereses tutelados para su consumación se agotan en el mismo momento, en el permanente la consumación está creada por el sujeto activo que lo prolonga en el tiempo hasta que por su pro

pia voluntad o alguna otra circunstancia ajena se haga cesar el estado antijurídico creado por la infracción.

Es continuado: cuando el sujeto activo con un único propósito delictivo realiza varias conductas que constituyen una infracción a un mismo precepto penal.

Es un delito que se configura por tener unidad de propósito delictivo que se ejecuta por medio de pluralidad de acciones que se llevan a cabo en distinto tiempo las cuales aunque integran una violación a una misma figura delictiva, unicamente constituyen la ejecución de un sólo delito.

El concurso aparente de normas: es un conflicto que se produce cuando a un mismo hecho punible le pueden ser aplicables una pluralidad de disposiciones legales que se excluyen entre sí pudiéndose aplicar solo una norma con exclusión de las demás.

La característica principal que encierra este conflicto de normas es la de excluirse unas con otras pues es lo que marca la pauta para que no se origine un concurso ideal de delitos.

Para resolver un conflicto entre dos o más normas incompatibles el juzgador se puede apoyar en los ya conocidos principios:

Especialidad: se da cuando se presenta un hecho que abarca dos normas, una de carácter general y otra especial la cual para su aplicación punitiva la especial excluye a la general.

Ello implica que opera el fenómeno de especialidad excluyendo a una norma general en razón de que ésta permite que se forme otra

figura jurídica en base a su tipo conceptual.

Consunción o absorción: este principio funciona cuando el hecho previsto por una Ley está comprendido en el tipo descrito por otra que tiene un mayor alcance adquiriendo preferencia en cuanto a su aplicación para su punibilidad.

Subsidiaridad: se da cuando solo una norma sea aplicable a un tipo penal en tanto no resulte otro tipo.

Alternatividad: se da en un conflicto entre dos normas penales que regulan un mismo hecho adecuándose a una o a otra norma quedando al arbitrio del juzgador la aplicación punitiva de una o de otra.

Del concurso de delitos que tradicionalmente se clasifican en concurso ideal o formal y concurso real o material me encuentro de acuerdo con las definiciones establecidas en nuestra ley sustantiva. Por tanto, existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos.

Esto es en virtud de que por medio de una sola acción se violan varias normas penales que implican una pluralidad de delitos que se originan simultáneamente.

Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Las conductas ejecutadas por parte del sujeto activo son las que dan lugar a la integración de diferentes delitos que son considerados cada uno como independientes al momento de su punición.

El delito es continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

En los supuestos de concurso real y delito continuado ha surgido la confusión para dilucidar ante que supuesto se encuentra el legislador ya que ambas figuras jurídicas hacen referencia a la realización de una pluralidad de conductas para cometer el ilícito pero también se marca una clara diferencia porque en caso de concurso real la ejecución de las conductas implica la comisión de varios delitos considerados como independientes cada uno al momento de su punición.

En el caso de delito continuado la ejecución de esas conductas van encaminadas a la obtención de un sólo fin, violando el mismo precepto legal lo cual implica considerarlo como un único delito para su punición. De aquí que la diferencia radica en que el delito continuado es unitario aunque fueran varios los hechos cometidos ya que todos tienden a un mismo fin y a un mismo resultado y en el concurso real se tiende a un fin pero se obtienen diferentes resultados.

Por tanto, se observa que surge una problemática al torno del Delito continuado al tratar de diferenciar ante que casos nos encontraremos ya sea frente a un Concurso real de delitos o a un delito continuado ya que dentro de la práctica judicial por lo regular se llega a confundir el caso con el concurso real cuando en realidad se trata de un delito continuado pues no es lo mismo acusar a un individuo que se pretende robar 15 lápices tomando uno diariamente hasta apoderarse de la cantidad propuesta, que acusarlo por el mon

to total de los 15 lápices robados en un solo ácto lo cual viene a implicar consecuencias graves como el de una violación de garantías por no tener derecho a una libertad provisional cuando en realidad si la debería tener, o a una fianza que no debería ser cuantiosa o inclusive a purgar una sentencia injusta por ser excesiva en la im posición de la pena. Es por ello que se hace un llamado urgente y una propuesta a quienes participamos dentro del campo jurídico y principalmente a quienes tienen la facultad de decisión en los jui cios criminales, a que nos preparemos y actualicemos para atender a una verdadera interpretación de la Ley atendiendo a los criterios jurisprudenciales que han surgido al torno del delito continuado y el concurso de normas y delitos pues de ello depende darle el verda dero sentido a la ley y la correcta administración de justicia.

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

Código Penal para el Distrito Federal.
50a. ed., México, Porrúa, 1992.
338 pp.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
36a. ed., México, Porrúa, 1990.
112 pp.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso,
Manual de Derecho Penal.
Aranzadi, 1985.

BACIGALUPO, Enrique,
Manual de Derecho Penal, parte general.
Bogotá Colombia, Temis, 1989.
261 pp.

CARRANCA RIVAS, Raúl,
Código Penal Anotado.
17a. ed., México, 1993.
1029 pp.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl,
Derecho Penal Mexicano, parte general.
México, Porrúa, 1991.
986 pp.

CARRARA, Francisco,
Programa de Derecho Penal.
Bogotá, Temis, 1988.

CASTELLANOS TENA, Fernando,
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
23a. ed., México, Porrúa, 1986.
359 pp.

CASTIÑEIRA T. María,
Delito Continuado.
Barcelona, Bosch, Casa, Urgel.

CUELLO CALON, Eugenio,
Derecho Penal, tomo I.
3a. ed., México, Porrúa.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo,
Introducción al estudio del Derecho.
36a. ed., México, Porrúa, 1984.
427 pp.

HANS, Welzel,
Derecho Penal Alemán.
12a. ed., Chile, Jurídico Editorial.
403 pp.

HERNANDEZ OROZCO, Pedro,
Apuntes de Derecho Penal I.
Universidad del Tepeyac, A.C., México, 1985.
40 pp.

HERNANDEZ OROZCO, Pedro,
Teoría del Delito.
Universidad del Tepeyac, A.C., México, 1985.
35 pp.

JIMENEZ DE ASUA, Luis,
La Ley y el Delito.
1a. ed., México, Hermes, 1986.

JIMENEZ HUERTA, Mariano,
Derecho Penal Mexicano.
5a. ed., México, Porrúa, 1985.
452 pp.

MEZGER, Edmund,
Derecho Penal, parte general.
México, Cárdenas, 1985.
425 pp.

PAVON VASCONCELOS, Francisco,
Concurso Aparente de Normas.
3a. ed., México, Porrúa, 1989.
267 pp.

PAVON VASCONCELOS, Francisco,
Las Reformas Penales.
2a. ed., México, Porrúa, 1987.

PORTE PETIT, Celestino,
Programa de la parte general de Derecho Penal.
1a. ed., México, Porrúa, 1969.
508 pp.

RAINERI, Silvio,
Manual de Derecho Penal, tomo II.
ed. 23 enero 1975, Bogotá, Temis, 1985
417 pp.

SOTO PEREZ, Ricardo,
Nociones de Derecho Positivo Mexicano.
13a. ed., Esfinge, 1980.
176 pp.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio,
Manual de Derecho Penal.
1a. ed., Argentina Buenos Aires, Cárdenas, 1986.
825 pp.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio,
Teoría del Delito.
Buenos Aires, Cárdenas, 1973.