



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

NECESIDAD DE LA REGLAMENTACIÓN DE LOS
PRINCIPIOS DE ABSORCIÓN, SUBSIDIARIEDAD
Y ALTERNATIVIDAD EN EL CÓDIGO PENAL,
CUANDO EXISTE CONCURSO APARENTE DE
NORMAS

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

GRACIELA CAMARILLO GONZALEZ

ASESOR: LIC. JOSE HERNÁNDEZ RODRIGUEZ

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 esta 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.

A MI MADRE:

Cuya existencia la entregó por completo a realizar los sueños de sus hijos.

Espero poder agradecerte un poco con la culminación de esta carrera profesional tu apoyo, esfuerzo y sacrificio.

A MI PADRE: (IN MEMORIAM)

Fidel Camarillo Bretón.
Que con su vida ejemplar me señaló el camino de la honradez y el trabajo.

A MI HIJO: Luis Fernando

Que es el orgullo de mi vida y quien ha compartido conmigo los éxitos y fracasos que representa el realizar una carrera profesional. Te dedico esta pequeña obra, hijo con mucho amor agradeciendo tu confianza, apoyo y cariño que me has brindado.

A MIS DOS TESOROS:

Jorge Omar y Graciela Patricia.
Que son la alegría y el motivo de mi existencia

A MIS HERMANOS:

Silvia, Javier, Gerardo, Sergio, Emma y
Pilar.

Agradeciendo su apoyo y comprensión y
sobre todo el haberme acompañado en
los momentos difíciles y por los años
compartidos

A MIS SOBRINOS:

Verónica y Ricardo

A quienes dedico este trabajo
esperando represente un
reto a superar

A MIS MAESTROS.

Por haberme enseñado el camino a
seguir en mi vida profesional.

TITULO: NECESIDAD DE REGLAMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ABSORCIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y ALTERNATIVIDAD EN EL CÓDIGO PENAL CUANDO EXISTE CONCURSO APARENTE NORMAS.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1: ASPECTO GENERAL.....	1
1.1. Concepto de Derecho Penal, Ciencia Penal y Jurisdicción Penal.....	2
1.2. Definición del Delito.....	9
1.3. Concepto de la Conducta y el Hecho.....	15
CAPITULO 2. UBICACIÓN Y DEFINICIÓN DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.....	18
2.1. La Concurrencia de Normas Jurídicas.....	19
2.2. Concepto del Concurso Aparente de Normas.....	24
2.3. El Concurso Aparente de Normas en la Historia.....	29
2.4. La Ubicación Sistemática del Concurso Aparente de Normas.....	31
2.5. El Concurso Aparente de Normas y las diversas clases de normas en las que se presenta.....	33
CAPITULO 3: LOS DIVERSOS PRINCIPIOS QUE SE ESTABLECEN TEÓRICAMENTE EN EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.....	34
3.1. El Principio de Especialidad.....	35
3.2. El Principio de Subsidiariedad.....	39
3.3. El Principio de Absorción o Consunción.....	44
3.4. El Principio de Alternatividad.....	50
CAPITULO 4: LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS EN EL CÓDIGO PENAL EN:.....	57
4.1. El Ejercicio de la Acción Penal.....	59
4.2. El Auto de Formal Prisión.....	63
4.3. La Etapa del Juicio.....	68
4.4. La Sentencia.....	71
CONCLUSIONES.....	75
PROPUESTA.....	80
BIBLIOGRAFÍA.....	81

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es la culminación de un estudio de investigación y en aras de un ideal: el conocimiento jurídico; es también la oportunidad para exponer a la comunidad universitaria algunas de las inquietudes en relación a este trabajo denominado concurso aparente de normas, así como consecuentemente la aplicación y reglamentación de los principios de ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y ALTERNATIVIDAD, en nuestro Código Penal, tema por demás interesante y que se dejara de relieve en el presente trabajo que con satisfacción elaboro.

Los principios de ESPECIALIDAD, ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y ALTERNATIVIDAD, se tratará en este trabajo de investigación jurídica, de explicarlos a fin de lograr su comprensión y aprovechar la serie de conocimientos que los diversos tratadistas han expuesto acerca de éstos Principios por demás controvertidos, por las múltiples interpretaciones que de éstos se hacen, y que no han sido llevados a la práctica jurídica; excepción hecha al principio de ESPECIALIDAD, que actualmente se encuentra regulado en el artículo 6, del Código Penal vigente para el Distrito Federal; sin que la ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y ALTERNATIVIDAD se encuentren reglamentados en el Código Penal referido, por lo que tras un breve repaso de conceptos fundamentales para el Derecho como lo son concepto del Derecho Penal, Ciencia Penal, y Jurisdicción Penal, Conducta y Hecho así como la definición del Delito, que continuamente se citarán y abordarán, me avoco al tema del Concurso Aparente de Normas, su concepto, historia, ubicación sistemática y las diversas normas, en las que se presenta, continúo con los principios ya citados, que tratando de explicarlos en su contenido y alcance me apoyo en diversos juristas que se citan en la bibliografía, para posteriormente, tratar la necesidad de su aplicación en la práctica jurídica, proponiendo finalmente se inserten expresamente en el Código Penal, no sin antes plasmar las conclusiones a las que llegué.

CAPITULO I

ASPECTO GENERAL

SUMARIO

- 1.1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL, CIENCIA PENAL Y JURISDICCIÓN PENAL**
- 1.2. DEFINICIÓN DEL DELITO**
- 1.3. CONCEPTO DE CONDUCTA Y EL HECHO**

Al empezar cualquier trabajo, es recomendable dar algunos antecedentes del tema que se va a tratar, en este caso veo conveniente hacer un breve y concreto repaso sobre algunos conceptos generales del Derecho Penal, tales como su Concepto que es punto de partida inevitable, así como de la Ciencia Penal y la Jurisdicción Penal para ubicarnos dentro del infinito universo de la materia penal, para terminar con la definición del delito, conducta y hecho, términos que se usarán con frecuencia en el futuro, al abordar el tema central de este trabajo y que en sí son por demás controvertidos.

1.1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL, CIENCIA PENAL Y JURISDICCIÓN PENAL

Sobre este tema hay mucho escrito ya que cada autor tiene su propio concepto de Derecho Penal, así el maestro Francisco Pavón Vasconcelos define al Derecho Penal como: "el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público interno, que define los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social."¹ Para el maestro Fernando Castellanos es: "Un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza que dispone el Estado."²

El maestro Luis Jiménez de Asúa plantea que el: "Derecho Penal es un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora."³

¹ "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General." 2ª edición. Ed. Porrúa. 1967. págs. 11-12.

² "Lineamientos de Derecho Penal". 4ª edición. Ed. Porrúa. México, 1967. pág. 17.

³ "La ley y el Delito". 12ª edición. Ed. Sudamericana. Buenos Aires. págs. 17-18.

Derecho Penal, "es el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción",⁴ conceptúa el maestro Celestino Porte Petit.

El autor César Augusto Osorio y Nieto se adhiere a la definición que da el maestro Francisco Pavón Vasconcelos sobre Derecho Penal, por considerarla la más adecuada según su propio concepto.⁵

Definiciones anteriores que encontramos entre otras muchas del Derecho Penal, siendo importante destacar que del análisis de estas resaltan elementos importantes y comunes siendo básicamente dos:

- a) El Estado, como titular del poder público, que crea normas que definen a los delitos y las penas o medidas de seguridad. (*ius puniendi*, o sea el derecho a castigar).
- b) Tutela bienes jurídicos fundamentales para la supervivencia y desenvolvimiento de los hombres y la sociedad.

Características éstas del Derecho Penal, ya que el hombre a través de su evolución se ha superado desde su origen primitivo, para convertirse lentamente en un ser que puede convivir socialmente. Para lograr esto, ha sido necesario que éste, creara normas que limiten y normen su conducta y existencia, siendo el Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, consecuencias directas de esta evolución, que tienen como fin básico el bienestar social y la convivencia pacífica.

⁴ "Apuntes de la Parte General de Derecho Penal". 7ª edición. Ed. Porrúa. México 1982. pág. 16.
⁵ "Síntesis de Derecho Penal. Parte General." 1ª edición, Ed. Trillas. México. 1984. pág. 21.

Otras características del Derecho Penal son:

- Interno
- Autónomo
- Científico
- Personalísimo

El maestro Celestino Porte Petit dice: "Derecho penal, Ciencia Penal y Ciencia del Derecho Penal son conceptos diferentes: el primero es el conjunto de normas jurídico penales; la segunda el conjunto de principios que se refieren al delito, delincuente, pena y medidas de seguridad; y la tercera, el estudio de las normas jurídico penales, o sea la Dogmática jurídico-penal".⁶ Estableciendo sencillamente la diferencia entre estos conceptos, y siendo la Dogmática penal objeto de estudio y controversia en la doctrina como establece el autor Luis Jiménez de Asúa: "De ella se habla por doquier con vaguedad y desconocimiento. Por ello importa que fijemos su auténtico significado; la Dogmática jurídico penal consiste en la reconstrucción del Derecho vigente con base científica. El Dogmático desarticula el Código, y como el *prius* lógico es la infracción, construye primero ésta con ordenado estudio de sus caracteres, positiva y negativamente concebidos; pero lo hace conforme al Derecho Vigente en el país cuyas leyes estudia."⁷

Otros autores manifiestan, al respecto de la Ciencia del Derecho Penal o Dogmática Jurídico Penal:

⁶ Op. Cit. pág. 28.

⁷ Op. Cit. pág. 24.

"Es la dogmática, es decir, la ciencia normativa, valorativa y finalista, que se ocupa de la Ley Penal, del delito del delincuente y de la sanción".⁸

"Se trata de una sistematización cuyo objeto es definir los actos seriamente transformadores del orden social y las medidas adecuadas para su prevención y represión".⁹

"La Ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las penas o medidas de seguridad."¹⁰

"Es la ciencia que estudia la definición de los conceptos jurídicos y su sistematización. Es entendida como la misma ciencia del derecho considerada estricta y exclusivamente como lógica. Sistemas del Derecho Positivo"¹¹

Estos autores nos hablan de una sistematización, de organizar y coordinar un cuerpo de doctrinas. En este caso, se refiere al contenido de las disposiciones jurídicas vigentes en nuestro Derecho penal y resultantes de la investigación científica, por lo que también se le denomina Dogmática Jurídico penal, (dogma: punto fundamental de una doctrina; doctrina: opinión autorizada y racional, emitida por uno o varios juristas, sobre una cuestión controvertida de derecho); cuyo fin fundamental es, a través de la investigación, descubrir, construir y organizar los principios rectores del ordenamiento penal vigente para traducirlos en una ley, lográndose avances significativos en la tarea legislativa.

⁸ Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal I". 2ª edición. Ed Buenos Aires, Argentina. 1958. pág. 81.

⁹ Castellanos, Fernando. Op. Cit. pág. 24

¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pág. 21.

¹¹ De Pina Rafael. "Diccionario de Derecho". 11ª edición. Ed. Porrúa. México. 1983. pág. 242

Toda ciencia debe tener un método: (*meta-hodós*, voz griega que significa camino, descubrir la verdad), y con referencia al tema que estamos tratando se mencionan:

- a) **Método Jurídico**, que es la serie ordenada de los medios, por los cuales se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas y adopta tres formas: la interpretación, la construcción, y la sistematización.

- b) **Método Teleológico**: que averigua la función para la cual fue creada la ley; explora la formación teleológica de los conceptos; esclarece el bien jurídico; desentraña el tipo legal, se vale del método sistemático, etc., logrando con ello una correcta interpretación de la ley, desentrañando su voluntad.

SISTEMÁTICA DE LA CIENCIA PENAL:¹²

- a) **Introducción**
- b) **Teoría de la ley penal**
- Parte General:**
 - c) **Teoría del Delito**
 - d) **Teoría del Delincuente**
 - e) **Teoría de las penas y medidas de seguridad**
- Parte Especial:**
 - a) **De los delitos en particular**
 - b) **De los delitos especiales**

SISTEMÁTICA DEL DERECHO PENAL:¹³

- a) **Ley penal**
- Parte General:**
 - b) **Delito**
 - c) **Penas y medidas de seguridad**

¹² **Porte Petit Candau** Cap. Celestino. Op. cit. págs. 21-22.

¹³ **Idem**

- Parte Especial:
- a) Delitos en particular
 - b) Delitos especiales

De estos conceptos de Derecho Penal también se desprende la división que se hace del Derecho Penal en:

- a) DERECHO PENAL SUBJETIVO, que es la facultad que tiene el estado para aplicar las penas y medidas de seguridad a quienes cometen delitos.
- b) DERECHO PENAL OBJETIVO, que es el ordenamiento jurídico positivo en sí, siendo que el derecho a castigar (*ius puniendi*), se lleva a cabo a través de la jurisdicción penal, que consiste en la facultad que tienen los tribunales para aplicar las penas en cumplimiento a las leyes penales, de forma concreta, y para lograr su objetivo esta función jurisdiccional punitiva debe recorrer diferentes fases:
 - a) Precisar cual o cuales son los hechos delictivos que fundamenta la acusación.
 - b) Determinar la norma o normas penales que tipifican los hechos concretos.
 - c) Subsumir el hecho imputado en la norma típica aplicable.
 - d) Aplicar individualmente la pena.

Lográndose finalmente con esta función la realización de uno de los fines del Derecho penal.

***JURISDICCION.** Protestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir.

La **jurisdicción** puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. Puede deducirse, a veces, la necesidad de ejecutar el contenido de la declaración formulada por el juez y entonces la actividad jurisdiccional no es ya meramente declarativa sino ejecutiva también. La actividad que los jueces realizan en el proceso es, por tanto, no solo declarativa sino también ejecutiva de la resolución que se dicte, cuando sea necesario. La tesis que niega a la ejecución procesal naturaleza jurisdiccional no es admisible a nuestro entender, porque la función del juez no consiste únicamente en dar la razón al que la tenga sino que extiende a hacer efectivo el mandato contenido en la sentencia cuando el vencido no la cumple voluntariamente.

La **jurisdicción** es una actividad pública destinada a mantener la eficacia de la legalidad establecida por el legislador.

La **jurisdicción** es una actividad aplicadora al derecho. Los jueces mexicanos no pueden crearlo, en ningún caso, porque lo impide el principio de la división de poderes del Estado, que es fundamental en nuestro sistema político. La **jurisdicción** es una actividad estatal ejercida en su mayor volumen por los jueces profesionales o jueces funcionarios, pero que comparten con ellos, en la forma legalmente señalada, los jueces no profesionales (jurados, árbitros, etc.).¹⁴

¹⁴ De Pina Ratael. Op. Cit. pág. 322.

1.2. DEFINICIÓN DEL DELITO

La concepción del delito ha variado conforme a la ideología, momentos históricos y políticos de cada pueblo; así se habla de diversas corrientes que tratan de dar una definición única del delito.

La Escuela Clásica, quien tuvo su primer exponente en el maestro Francisco Carrara que lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.¹⁵

La Escuela Positiva con Rafael Garófalo como principal representante, define al delito como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.¹⁶

Olvidando el positivismo se retoma la concepción de la Escuela Clásica y se le agregan varios caracteres: Ernesto Von Beling define: "es la acción típica, antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad".¹⁷

Max Ernesto Mayer habla: delito "es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable".¹⁸

Edmundo Mezger dice: "es la acción típicamente antijurídica, y culpable."¹⁹

A partir de entonces el concepto jurídico del delito se integra con las siguientes características:

¹⁵ Cit. por Castellanos Fernando Op. Cit. págs. 117-118.

¹⁶ "La Ley y el Delito", 12a. edición, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, págs. 205-206.

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Cit. por Jiménez de Asúa Luis. Op. cit. págs. 205-206.

¹⁹ Ibidem

- a) La acción
- b) La tipicidad
- c) La antijuricidad
- d) La culpabilidad

Dando origen a el criterio pentatómico que actualmente hablan los autores.

El maestro Luis Jiménez de Asúa define: Es el acto típicamente jurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.²⁰

El maestro Fernando Castellanos dice: "como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad, y las condiciones objetivas de penalidad. Nos adherimos sin reserva a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad."²¹

Francisco Pavón Vasconcelos conceptúa: "es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos, por tanto, a un criterio pentatómico".²²

El autor César Augusto Osorio y Nieto define: nosotros entendemos el delito, con base en la definición legal, como la conducta sancionada por las leyes penales expedidas con el objeto de proteger los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad.²³

²⁰ Op. Cit. pág. 207.

²¹ Op. Cit. pág. 122.

²² Op. Cit. pág. 141.

²³ Op. Cit. pág. 43.

Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho dice: Delito Acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal.²⁴

Raúl Carranca y Trujillo manifiesta: podemos concluir que los caracteres constitutivos del delito, según el Código Penal son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra de acción, de una conducta humana; estar sancionados por las leyes penales.²⁵

Y el maestro Celestino Porte Petit opina: "A primera vista y sin más indagaciones, se diría que el concepto de delito corresponde a una concepción dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7º del Código penal: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", o sea que el delito es una conducta punible, Ahora bien, relacionado este precepto con el propio Ordenamiento descubrimos los elementos siguientes: una conducta o un hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuricidad, culpabilidad, a veces alguna condición de punibilidad y la punibilidad".²⁶

Sin que entremos en este capítulo a estudiar a fondo la Teoría del Delito, se tratará brevemente como introducción del tema central de este trabajo. Así pues, es necesario hacer los siguientes comentarios:

En cuanto a la definición del delito existen diversos criterios, sin que haya uniformidad de los estudiosos al respecto, situando algunos a el delito en dos teorías, a saber:

²⁴ Op. Cit. pág. 208.

²⁵ "Derecho penal I". 4ª edición. Ed. Porrúa, México. 1955. pág. 177.

²⁶ Op. Cit. pág. 248-249.

a) **Teoría Totalizadora o Unitaria.**- que lo consideran como una entidad que no se divide en elementos diversos.

b) **Teoría Analítica o Atomizadora.**- que estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero a la vez considerándolos en conexión íntima.

Sin que exista también acuerdo unánime en cuanto a que elementos son considerados como tales en este concepto, ya que algunos autores como se aprecia en las diversas definiciones que existen del delito, solamente aceptan algunos de los mencionados.

Igualmente, en relación a la definición que existe con respecto al delito en nuestro Código Penal, algunos autores la han considerado innecesaria e inexacta, ya que: "el capítulo relativo a la responsabilidad, se encabeza con el artículo 7º, que define el delito como "acto u omisión que sancionan las leyes penales", pero en realidad no había necesidad de definir el delito por no reportar ninguna utilidad al juez y ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que trata de definir.

En dicha definición encontramos que el primer elemento es el acto u omisión, o sea, el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, ya violando una prohibición penal, o ya absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley, pues una simple intención criminal no puede pensarse. El siguiente elemento es que el acto u omisión lo sancionen las leyes penales y por lo mismo no puede haber delito sino hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal. Los elementos apuntados, nos demuestran que los autores del Código no pudieron encontrar una fórmula que proyectara la verdadera naturaleza del delito, pero no es de censurarse el que no las haya encontrado, porque todas las Escuelas penales

han pretendido definir el delito sin lograr la idea de que la culpabilidad es la base de una infracción de carácter penal, o en otros términos, la voluntad de cometer un hecho ilícito".²⁷

Es importante resaltar que actualmente se considera al delito como un ente jurídico que no viola la ley penal, sino que según su tipicidad, al contrario, cumple con ésta, en virtud de que la conducta encuadra con la hipótesis de la figura propia de la figura delictiva descrita en la ley, siendo realmente la conducta violatoria la que contradice la prohibición ínsita en la parte sancionadora de la ley, o sea, la norma, ya que ésta describe la conducta que no debe realizarse; siendo el delito creado por la ley, y lo antijurídico creado por la norma.

Como descubriera el maestro Carlos Binding, el delincuente no infringía las leyes, sino que se apegaba con su conducta real a la fórmula de la ley, lo que quebranta es algo que se encuentra por encima y atrás de la ley misma: la norma.

La disposición penal se compone de preceptos y sanciones y la norma es prohibitiva o imperativa, haciendo de lo anterior la acción y omisión que el Derecho penal castiga.

El concepto del delito que se comprendía en el Código Penal de 1871 consideraba que el delito es la violación de la ley penal, haciendo lo que ella prohíbe, dejando de hacer lo que ordena (actualmente reformado), por lo que el enfoque moderno ha precisado que el delito viola la prohibición ínsita en la parte sancionadora y al haberlo hecho explica cabalmente cual es la norma que contradice el delito para fundamentar la afirmación del que el delito es conducta antijurídica, lleva implícito que no debe realizarse la conducta prevista.

CONCEPCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO EN SU ASPECTO POSITIVO:²⁸

²⁷ Ceniceros José Ángel Garrido Luis. "La Ley Penal Mexicana". Ed. Botas. México. 1984. Pág. 39.

²⁸ Porte Petá Candaudap Colesino. Op. Cit. pág. 250.

Conducia o hecho:	Artículo 7º. del Código Penal y núcleo del tipo respectivo.
Tipicidad:	Adecuación a alguno de los tipos legales.
Antijuricidad:	Cuando habiendo tipicidad no existe una causa de justificación o lícitud .
Imputabilidad:	Cuando no concurren la excepción regla de incapacidad de culpabilidad (artículo 15 fracción VII del Código Penal). Es decir, que exista capacidad de culpabilidad.
Culpabilidad:	Artículos 8 y 9 del Código Penal.
Condiciones objetivas de punibilidad:	Cuando las requiera la ley.
Punibilidad:	Artículo 7º. del Código Penal y pena señalada en cada tipo legal.

CONCEPCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO ASPECTO NEGATIVO.²⁹

Ausencia de Conducta:	Artículo 7º. del Código Penal, Interpretado a contrario sensu. (El artículo 15, fracción I se refiere a una hipótesis de ausencia de conducta: fuerza física irresistible).
Atipicidad:	Cuando no haya adecuación alguno de los tipos descritos en la ley.
Imputabilidad:	Cuando concorra la hipótesis prevista en el Artículo 15 fracción VII del Código Penal.
Causas de Justificación:	Legítima defensa Estado de Necesidad cuando el bien sacrificado es de menor entidad. Ejercicio de un derecho. Cumplimiento de un deber. Impedimento legítimo.

²⁹ Ibidem.

	Obediencia jerárquica en su caso.
Inculpabilidad:	Art. 8º. Interpretado a contrario sensu.
	inculpable ignorancia.
	Obediencia jerárquica.
	Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual identidad que el bien salvado.
	Aborto previsto en el artículo 333 del Código Penal.
Ausencia de condiciones objetivas exigidas por la ley. de punibilidad:	Cuando falte algunas de las condiciones objetivas de punibilidad
Excusas absolutorias:	Las señaladas por la Ley Penal.

1.3. CONCEPTO DE CONDUCTA Y HECHO

Al definir la conducta se abarca los conceptos de acción y omisión, llamada también la primera como una acción positiva y la segunda como acción negativa. Entendiéndose por acción: un movimiento muscular voluntario ya en un hacer (Acción positiva), ello es, un movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos.³⁰

Por lo que la conducta consiste en: un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa)³¹

³⁰ Ernesto Von Belling "Citado por el autor Celestino Porte Petit. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 7ª edición. Ed. Porrúa, 1982, México, pág. 250.

³¹ Porte Petit Candaudap Celestino. Op. Cit. pág. 288

La conducta designa el elemento objetivo del delito, cuando el tipo penal exige únicamente una mera conducta. () sea, cuando el tipo penal describe una mera conducta, se produce con tal comportamiento una mutación jurídica, independientemente de que además se realice una mutación en el mundo exterior.

Siendo que la conducta se convierte en elemento objetivo del delito cuando el tipo eleva a la categoría de un simple accionar u omitir esta mera conducta, originando los delitos llamados formales o inmateriales.

Por lo que respecta al hecho, éste se entiende como: la conducta, el resultado material y el nexo de causalidad.

El hecho designa también a el primer elemento objetivo del delito, siempre y cuando el tipo penal comprenda en su descripción un resultado material, por lo que la conducta forma parte del hecho cuando el tipo penal describe como punible precisamente un hecho determinado, entendiéndose como resultado material la mutación en el mundo exterior de naturaleza física, fisiológica, psíquica, o económica, descrita por el tipo penal.

Un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión), o un hecho (conducta más resultado), por lo tanto, si el elemento objetivo del delito, puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho, se esta enfrente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente.³²

³² Porte Petri Candauap Celestino. Op. cit. pág. 293.

Por lo que un tipo penal requiere en unos casos una mera conducta (delitos formales) y en otras un resultado material (delitos materiales), no significando lo anterior que los delitos formales no tengan un resultado, pues el delito de mera conducta tiene un resultado jurídico (mutación jurídica), y el delito material, un resultado jurídico (mutación jurídica y material a la vez).

CAPITULO 2

UBICACIÓN Y DEFINICIÓN DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

SUMARIO

- 2.1. LA CONCURRENCIA DE NORMAS JURÍDICAS**
 - 2.2. CONCEPTO DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS**
 - 2.3. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS EN LA HISTORIA**
 - 2.4. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS**
 - 2.5. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y LAS DIVERSAS CLASES DE NORMAS EN LAS QUE SE PRESENTA**
-

2.1. LA CONCURRENCIA DE NORMAS JURÍDICAS

El problema de la aplicación e interpretación de la ley penal se encuentra profundamente relacionado con el de la concurrencia de normas jurídicas, aunque regulamente la jurisdicción penal que culmina con la sentencia se contrae a la declaración del derecho mediante la determinación de la norma única que rige el hecho enjuiciado, así como su aplicación a el caso particular, en ocasiones el juzgador en el estudio del hecho tiene que elegir mediante la investigación de las normas aplicables (tarea que más allá de su función esencial de descubrir la voluntad de la ley penal) cuales de las concurrentes regula el caso considerado, encontrándonos en este caso ante el llamado concurso aparente de normas.

Hay concurrencia de normas jurídicas cuando:

- a) Una conducta se adecua a varios tipos penales (unidad de acción y pluralidad de resultados).
- b) Pluralidad de conductas se adecuan a varios tipos penales (pluralidad de acciones y de resultados).
- c) Una conducta se adecua a varios tipos penales excluyéndose estos entre sí en su encuadramiento a esta conducta.

En el primer caso nos encontramos ante el concurso ideal o formal y en el segundo ante el concurso real o material, hablamos del concurso real o material, ideal o formal porque un mismo sujeto comete varias conductas delictivas no existiendo conflicto alguno en estos casos

ya que se ha resuelto la relación de los tipos penales entre sí, y de lo que se trata es saber si la acción se adecua a un tipo penal o bajo varios (concurso ideal) y además si el autor ha realizado con varias acciones varias lesiones de la ley penal (concurso real).

En el caso del concurso ideal o formal las leyes suelen aplicar el principio según el cual debe aplicarse la pena del delito más grave; tomando en consideración los bienes jurídicos en la individualización de la pena.

En el supuesto del concurso real o material se rige en general por el principio acumulativo (Acumulación jurídica, absorción y matemática). Así tenemos que nuestro Código Penal señala:

***Art. 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conducta se cometen varios delitos.**

Art. 19.- No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

Art. 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 el caso del concurso real se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda el máximo legal . . .

Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado por este código. . .

En el caso de delito continuado se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo legal. . . .”

Por lo tanto, mientras las normas que concurren puedan coexistir no existe problema alguno, éste surge cuando el hecho esta comprendido en varias disposiciones legales incompatibles entre sí por lo que se hace preciso elegir entre las concurrentes, una para su aplicación exclusiva, encontrándonos ante el tercer caso citado de concurrencia de normas.

Por lo que también podemos decir que son dos hipótesis distintas de concurrencia de normas jurídicas:

- a) La concurrencia de normas compatibles entre sí, en la cual se presenta el concurso de delitos que origina la acumulación.

b) La concurrencia de normas incompatibles y que el juez, mediante la aplicación del principio de elección resuelve el conflicto en favor de una de ellas, con exclusión de todas las demás.

Siendo esta última hipótesis el tema de este trabajo.

La concurrencia de normas incompatibles entre sí, nos dice el jurista José de Jesús Fernández Alatorre:

"En apariencia meramente doctrinal, tiene interés práctico y frecuente especialmente en la problemática en la aplicación del Derecho Penal. Además nos permite reflexionar y valorar la conducta humana, acercándonos a el ideal de justicia mediante un mayor uso del grave atributo punitivo de la sociedad que estando constituida por seres humanos, puede castigar alguno o algunos de sus hermanos..."³³

Existe un consenso general entre los autores que cuando concurren a tipificar varias normas un hecho delictivo, y éstas son incompatibles entre sí ya que la aplicación a el caso concreto debe ser una solamente, excluyendo a todas las demás si no se violaría uno de los principios fundamentales del derecho penal: *NON BIS IN IDEM*; nadie debe ser castigado por el mismo delito dos veces.

Nos encontramos ante un concurso de normas, aparente porque no existe un verdadero conflicto de normas ya que la ley excluye expresamente la aplicación de una de ellas y la

³³ "Concurso Aparente de Normas Centro de Estudios Judiciales Tribunal Superior de Justicia del D.F.", 1993. México, Distrito Federal. pág. 454.

reserva que en tales casos figura en la ley excluye la existencia de un verdadero conflicto de normas, es por esta razón que se le denomina "concurso aparente de normas".

De esta forma el artículo 6º. de nuestro Código Penal señala:

"Cuando se cometa un delito no prescrito en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado Internacional de observancia obligatoria en México, se aplicará esto tomando en cuenta la disposiciones del Libro Primero del presente Código, y en su caso las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones la especial prevalecerá sobre la general::

No obstante que se objeta que aunque la ley determine la disposición que hay que aplicar no siempre se adecuan estas cláusulas de reserva a estos casos, y además representan únicamente los medios técnicos para simplificar la coordinación con los principios jurídicos fundamentales, haciendo a un lado la verdadera significación del conflicto de normas en el nexo valorativo o lógico que se encuentran entre sí, dos o más normas.

Es importante resaltar que el problema del conflicto de normas sólo puede surgir cuando un mismo hecho entra aparentemente en dos o más disposiciones, no nace, cuando las disposiciones contempladas contienen hechos diferentes (tentativa y delito consumado).

En base a la doctrina alemana se ha establecido varios principios aplicables a este conflicto de concurrencia de normas que más adelante se trataran.

2.2. CONCEPTO DE CONCURSO APARENTE DE NORMAS

En este tema al tratar los autores de obtener un concepto de concurso de normas incompatibles entre sí, se ocupan de resaltar las características fundamentales que separan la apariencia del concurso de la realidad del mismo, por lo que han propuesto múltiples definiciones:

El maestro Federico Puig Peña define que el concurso aparente de normas es: "una situación de conflicto que surge en la aplicación de las leyes penales, cuando dos o más normas vigentes al momento de verificarse la clasificación 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."³⁴

El maestro Fernando Castellanos señala: "existe un aparente concurso de dos o más leyes, que parecen disputarse la tipicidad del acto, esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta, por eso se habla de concurso aparente de leyes o conflicto de leyes...; en el concurso aparente solo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cual sea, pues varias parecen convenir al mismo hecho."³⁵

"Se afirma la existencia de un concurso aparente de normas penales cuando a la solución de un caso concreto parecen convenir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo."³⁶

³⁴ "Colisión de Normas Penales". Ed. Bosch, Barcelona. 1955, pág. 15.

³⁵ "Lineamientos del Derecho Penal". 4ª edición Ed. Porrúa. 1967. pág. 278.

³⁶ Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General" 2ª edición Ed. Porrúa. 1967. pág. 129.

"Se puede decir que estamos frente a la concurrencia de normas incompatibles entre sí cuando se encuentra una materia o caso, disciplinado o reglamentado por dos o más normas, incompatibles entre sí." ³⁷

"En Derecho Penal se denomina concurso de leyes o concurso aparente de normas al problema de la aplicación de la ley que se presenta cuando respecto de una misma situación de hecho aparecen dos o más disposiciones legales vigentes en el mismo tiempo y lugar, que pretenden regirla simultáneamente, cuando en realidad debido a la relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de la otra" ³⁸

"Se está ante un aparente o falso concurso de tipos penales cuando un mismo hecho aparece regulado por varias normas incriminadoras que no se pueden aplicar al mismo tiempo, es decir, que se excluyen entre sí" ³⁹

"Cuando una disposición excluya la coetánea o sucesiva aplicación de otra respecto a la misma situación de hecho. A esto se llama conflicto aparente de disposiciones penales." ⁴⁰

"Existe un concurso aparente de tipos cuando la conducta jurídica que es objeto de incriminación se presenta a primera vista, como subsumible en dos o más tipos penales que se excluyen recíprocamente, pues su simultánea aplicación conculcaría los principios lógicos y valora tipos que norman el sistema y la interpretación del ordenamiento penalístico." ⁴¹

³⁷ Poste Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal" 7ª. edición Ed. Porrúa, 1982.

³⁸ González Quintanilla José Arturo, "Derecho Penal Mexicano", pág. 379.

³⁹ Fernández Carrasquilla Juan, "Derecho Penal Fundamental", 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, Vol. II, Pág. 428.

⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito" 12ª. edición, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, pág. 35

⁴¹ Jiménez Huerta, Mariano. "La Tipicidad", Ed. Porrúa, S.A. México, 1955. pág. 232.

"Se da el llamado concurso de las leyes cuando dos o más normas que se excluyen entre sí, concurren aparentemente respecto de un mismo hecho."⁴²

"En Derecho Penal se denomina concurso de leyes o concurso aparente de normas al problema de aplicación de la ley que se presenta cuando respecto de una misma situación de hecho, aparecen más de dos disposiciones legales vigentes en el mismo tiempo y lugar, que pretenden regirla simultáneamente, cuando en realidad, debido a la relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una, determina la inaplicabilidad de la otra."⁴³

"...hay concurso de normas, cuando una conducta realizada puede tipificarse o encuadrarse dentro de dos o más disposiciones penales."⁴⁴

"La llamada "conurrencia aparente" o también "impropia", contempla los supuestos en que solo en apariencia dos o más leyes penales concurren, pero que, en realidad, una de las leyes concurrentes excluye a las restantes."⁴⁵

"Cuando a una misma acción son aplicables dos o más preceptos penales que se excluyen entre sí recíprocamente, existe el llamado concurso de leyes."⁴⁶

⁴² Fontan Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal. 2ª edición. Tomo I. Parte General" Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 296.

⁴³ González Quintanilla, José Arturo. "Derecho Penal Mexicano. Parte General" 7ª edición. Ed. Porrúa. México, 1991, pág. 378.

⁴⁴ López Betancourt, Eduardo. "Introducción al Derecho Penal" 2ª edición. Ed. Porrúa. México. 1994, pág. 213.

⁴⁵ Zaffaroni Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, págs. 557-558.

⁴⁶ Cuello Calón Eugenio. "Derecho Penal. 2ª edición. Tomo I. Vol. 2. Parte General". Revisado por César Camargo G. Ed. Bosch. pág. 709.

"El concurso no es otra cosa que la punición de ciertas conductas que, independientes o no, encuadran en más de un tipo penal".

"El concurso prevé situaciones donde, o bien existe un hecho único, o bien más de un hecho imputable a un autor, que se adecuan a más de una figura delictiva."⁴⁷

"...varios enjuiciamientos jurídicos penales o, dicho de otra manera, varios criterios jurídicos penales corresponden a una sola acción."⁴⁸

"...habrá un concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro, y por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal."⁴⁹

"Se presenta cuando aparentemente dos o más leyes parecen coincidentes con el caso concreto, aplicándose sólo una de ellas por ser ambas excluyentes entre sí. Una acción encuadra en dos más tipos penales, siendo verdadero solo uno, por enfrentarse entre ellos elementos de destrucción o absorción."⁵⁰

"Este, que no es ya un verdadero concurso de delitos, resulta de la existencia de varios tipos o preceptos penales que por sus términos parecen convenir en común a lo sucedido, pero que atendiendo a la naturaleza de las cosas o al contenido de antijuricidad de cada tipo, no

⁴⁷ A. Campos Alberto. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. pág. 302.

⁴⁸ Mezger Edmund. "Derecho Penal. Parte General" 1990, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. pág. 325.

⁴⁹ Bacigalupo Enrique. "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Temis. Bogotá Colombia, 1989 pág. 239.

⁵⁰ Cortés Ibarra Miguel Ángel. "Derecho Penal. Parte General". 3ª Ed. 1987. Cárdenas Editor Distribuidor. págs. 434-435.

pueden coexistir porque lleva consigo elementos de destrucción, de absorción de uno por el otro, de eliminación por preferencia de la ley en que cada uno se halla formulado, etc."⁵¹

"Cuando los varios tipos, en cambio, se encuentran en relación de tal naturaleza que solo puede aplicarse uno de ellos, aunque el hecho parece encajar también en otro u otros de modo al menos parcial se habla de concurso aparente. ... como se ve, los criterios del concurso aparente se superponen y confunden de tal manera que, como dice Nino: "Uno tiene la sospecha de que el llamado concurso de leyes no es más que un cajón de sastre donde se incluyen todos aquellos casos que la imprecisión de los criterios del concurso ideal deja en la zona de la penumbra".⁵²

"...deben distinguirse los casos del concurso impropio en que se realizan, según el texto legal, varios tipos penales, en tanto que en realidad, la ley penal que debe aplicarse en primer término elimina las restantes. En el ámbito de la unidad de hecho, a las manifestaciones de este "Concurso impropio" se las llama unidad de leyes (o concurso de leyes), mientras en el ámbito de la pluralidad de hechos, los hechos anteriores y posteriores castigados constituyen grupos de casos de una relación aparente de concurso."⁵³

Sin que se pongan de acuerdo si se trata de un concurso de leyes, como lo denominan algunos autores o de un concurso aparente de normas, como le llaman otros, ya que, según explican los que sostienen la primera hipótesis, tiene una incidencia directa en la determinación de la pena que se va a aplicar y si la sanción que se va a aplicar es suficiente

⁵¹ Villalobos Ignacio. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". 5ª edición. Ed. Porrúa. México, 1990. pág. 503.

⁵² Fernández Carrasquilla Juan "Derecho Penal Fundamental" 2ª edición. Vol. II. Teoría General del Delito y Punitividad. Ed. Temis. Bogotá, Colombia. 1989, pág. 429.

⁵³ Wessels Johannes. "Derecho Penal". Traducido por Contrado A. Finzi. Parte General. 5ª edición. Ed. de Palma, 1980 pág. 236.

para una acción de múltiple adecuación y en la determinación de esa pena no debe contenerse otras violaciones a la ley, y en la segunda, afirman, la importancia normativa queda de relieve ya que ante la pluralidad de disposiciones legales, solamente uno se va a elegir y aplicar excluyendo a los demás; ya que no se ha violado varias normas sino solo una, siendo las demás inaplicables; de ahí su denominación de "aparente" dado que cuando concurren varias normas a encuadrar a una conducta ilícita, sólo una de éstas, va hacer aplicable, excluyendo a las demás, no siendo factible aplicar todas las normas que abarcan a el ilícito ya que se violaría el principio "*NON BIS IN IDEM*": nadie debe ser castigado por el mismo delito dos veces, ya mencionado, siendo que la ley misma y la doctrina vigente dan la pauta a seguir ante esta convergencia de normas, existiendo diversos principios que se aplican al respecto, (absorción, subsidiariedad, alternatividad y especialidad), por lo que existe concurso aparente de normas únicamente a primera vista e hipotética de varias normas al mismo hecho.

2.3. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS EN LA HISTORIA

En Alemania se hace mención a los principios sobre la multa de los derechos populares germánicos de la época precarolingia, en la "*lex salica*", cuando una persona ataba a un hombre libre, y al mismo tiempo, le sacaba un ojo, se imponía a aquella, acumulativamente, ambas multas de 30 y 100 "*solidi*". Se seguía el mismo criterio si un solo golpe ocasionaba distintas lesiones. En el derecho Romano se seguía la fórmula: a toda forma delictiva corresponde una querrela y una condena especiales, llegándose esencialmente al principio acumulación, siguiendo la aplicación del principio "*in toto iure generi per speciem derogatur*", la cual sirvió de base a la solución de multitud de casos que presentaron a la consideración de los magistrados. De antiguo también viene la conocida fórmula "*lex consumens derogat legi consumptae*", cuyo origen de vigencia se ubica en la época de los prácticos.

En la época imperial se agregan penas a a pena única con arreglo al principio de asperación, o se excluyen prácticamente, los castigos dobles injustos. En la Edad Media Italiana, en el Siglo XVI, se hacen distinciones más precisas, a propósito de la acumulación en el concurso real, de la pena agravada, en el delito continuado y de la absorción en el concurso ideal, el resultado a que llegan la teoría y la práctica, es el reconocimiento del principio de acumulación y por consiguiente de la acumulación de las penas de acuerdo con el número de resultados de las acciones punibles, pero se atenúa la severidad de la acumulación de las penas que de ahí deriva, y precisamente frente a la acumulación del resultado mediante la separación del concurso de las leyes y del concurso ideal (y, en consecuencia, en el sentido del principio de exclusión y de absorción), y frente a la acumulación de acciones mediante la separación de la acción continuada (con pena única) del concurso real (con su acumulación o asperación). La teoría jurídica aplicó con especial cuidado el criterio relativo a la separación entre lo incapaz, lo importante y lo no importante a un caso especial, el llamado caso del tenedor: se discute si se debe castigar varias veces o una sola vez al que lesiona a otro con instrumento provisto de varios dientes, un tenedor, una bielda u otro objeto similar.

La Carolina, el Código penal de Carlos V de 1532, no reglamenta el concurso, salvo en el caso de que exista varias causas de agravación en el ámbito del hurto (art. 163).

En cambio, Carpvov (1635) trata detenidamente en el derecho penal alemán común, el problema, pero tampoco él lo hace en el derecho penal material, si no en el derecho procesal, bajo el título de "*Decumulationibus poenarum*". Para Carpvov el problema más importante es: hasta que puntos son compatibles o incompatibles varias y distintas penas de muerte, esta teoría de Carpvov acerca del concurso dominan por más de un siglo la ciencia del derecho común.

Con Koch (1783), se distingue la unidad de la pluralidad de acciones, esta distinción se hace desde el punto de vista jurídico- penal con mayor exactitud que antes; además, si se trata de una acción que presenta criterios idealmente concurrentes, se aplica el principio de absorción y si se trata de varias acciones un concurso real homogéneo o no, el principio de aspersion, convirtiéndose en el fundador de la teoría moderna del concurso, Feuerbach y otros autores se basan en los criterios de Koch.

No obstante, el desarrollo sistemático de esta materia surge solo a principios del presente siglo, los primeros estudios dignos de respeto se atribuyen a los juristas alemanes del primer cuarto de siglo, entre ellos Adolfo Merkel, Lent, R. Hoing, Binding, Mayer, Hippel, Lizst-Schmidt, Mezger, Baumgarten, Hirschberg. Por su parte, Beling reveló la importancia de la tipicidad para resolver estos problemas ignorados en Italia produciéndose abundante literatura sobre el tema, a partir principalmente de la promulgación del Código Rocco, destacando Battaglini, quien se ocupa del concurso ante la estafa y la falsedad, cuestión abordada por muchos tratadistas de la parte especial del Derecho Penal y que frecuentemente ha sido motivo de discusiones tanto en la doctrina como en la práctica judicial. Conocido también es el trabajo de Francisco Antolisei bajo el título "Concurso Aparente de Normas Penales", puede decirse que la mayoría de los tratadistas Italianos modernos se ocupan de esta cuestión: Ranieri, Bettiol, Florian. En Chile podemos citar a Alfredo Etcheberry, en Argentina Luis Jiménez de Asúa y posteriormente Sebastian Soler, en México, Celestino Porte Petit, Fernando Castellanos y Francisco Pavón Vasconcelos, entre otros.

2.4. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

Existen diversos grupos en que los autores han colocado a el concurso aparente de normas:

- 1) La posición clásica ubica el concurso aparente de normas en la Teoría General del Delito, (Parte General del Derecho Penal). Entre los autores que siguen este criterio están: Edmundo Mezger, Eugenio Cuello Calón, Federico Puig Peña, Fernando Castellano Tena, entre otros.

- 2) En la Teoría General de las Normas, o sea, en la Teoría de la Ley Penal (Parte General del Derecho Penal). Este criterio es adoptado por Celestino Porte Petit, Ignacio Villalobos, Guiseppe Bettiol, entre otros.

- 3) En la Teoría de la Pena, este punto de vista es sostenido por Adolfo Merkel, Alfonso Reyes Echandía, dado que consideran que este tema se desenvuelve en calidad y cantidad de las sanciones.

- 4) Un Criterio más coloca a el concurso de normas en el capítulo relativo a la tipicidad y concretamente a la adecuación típica, criterio sostenido por Sebastián Soler, Enrique Bacigalupo y González Quintanilla, ya que consideran que se trata de formas que amplifican el tipo, y modalidades diversas del acto ilícito.

- 5) Por último, otra teoría coloca a el concurso aparente de normas dentro de la Teoría de la Aplicación de las normas, es decir, en la Interpretación de la Ley Penal. Posición adoptada por Felipe Grispiñi, Juan del Rosal, Pavón Vasconcelos, Carlos Fontán Balestra, entre otros.

2.5. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y LAS DIVERSAS CLASES DE NORMAS EN LAS QUE SE PRESENTA.

El concurso aparente de normas no es exclusivo del Derecho Penal ya que en base a sus características puede referirse a cualquier rama del Derecho Positivo.

Pero, en nuestro tema únicamente interesa abordarlo en cuanto a el Derecho Penal positivo; y éste puede presentarse en:

1) Las normas penales del Código Penal:

a) Entre tipos penales que consagran una misma excluyente de responsabilidad pero con alcance diverso.

b) Entre una norma de la parte general y otra de la parte especial del Código. Cuando la especial sanciona un delito consumado, con otra norma que pone una tentativa, ambas con relación al mismo hecho.

c) Entre otras normas de la parte general. Concurrencia de grados de participación.

2) Entre normas del Código Penal y normas de otro código, como el militar o el fiscal, o de otra ley que disciplinando materia diversa contenga normas de naturaleza penal.

CAPITULO 3

**LOS DIVERSOS PRINCIPIOS QUE SE ESTABLECEN TEÓRICAMENTE EN EL
CONCURSO APARENTE DE NORMAS.**

SUMARIO

- 3.1 EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD**
- 3.2 EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**
- 3.3 EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN**
- 3.4 PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD**

CAPITULO 3. LOS DIVERSOS PRINCIPIOS QUE SE ESTABLECEN TEÓRICAMENTE EN EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.

3.1 EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El principio de especialidad esta plasmado en nuestro Código Penal (art. 6) siendo este principio básico y en el que el juzgador se ha basado para resolver la problemática que entraña la concurrencia de normas que se presentan, encuadrando un mismo ilícito y que a la letra dice:

"ART. 6º .- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Quando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."

Los doctrinarios en nuestro medio, comenzaron a ocuparse con cierta seriedad del concurso aparente de normas hasta la década de los cincuentas, reproduciéndose en el Código Penal actual (que se decretó en 1831), la fórmula del Código de 1871 del artículo 59, actualmente derogado, conforme al cual: "cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos y cada uno merezca una pena distinta se impondrá la mayor", reflejando esta redacción el pensamiento imperante en esa época, a principios de la segunda mitad del siglo XIX, cuando se afirmaba que si hay una identidad parcial en dos figuras delictivas "el juez

debe basar su sentencia en la que, en concreto sea más severa". Durante mucho tiempo, esta fue la directriz seguida concretándose a reproducir el mando sin ir más allá del texto de la ley.

Antigua fórmula que si se aplicara actualmente conculcaría uno de los principios básicos de nuestro sistema jurídico: uno de los principios básicos de nuestro sistema jurídico: "NON BIS IN IDEM" y que contempla el artículo 23 Constitucional en su segunda parte y en lo conducente: "...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...".

El Principio de la Especialidad consiste en que debe preferirse y aplicarse la ley especial sobre la general (*lex specialis derogat legem generalem*). Cuando el legislador ha creado un tipo especial, es por considerar que ciertas conductas ilícitas deben ser motivo de interés preferente por encima de la generalidad. Por ello debe darse preferencia de aplicación a la ley especial. Dos tipos se excluyen en función de este principio, cuando uno de ellos abarca las mismas características que el otro y además una característica complementaria, que toma en cuenta otro punto de vista, el tipo de mayor número de características es especial respecto del otro que es general. La Ley general es la que configura el delito de modo genérico sin individualizar sus elementos constitutivos. Ley especial es la que contiene todos los caracteres de la ley general y además otros determinados caracteres específicos que la especializan. No se concibe el cumplimiento del tipo especial sin el cumplimiento del general. La opinión generalizada considera que la relación de especialidad es la que ofrece menos dificultades técnicas, y que hay relación de especialidad cuando un tipo penal tenga todos los elementos del otro, pero además, algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad, la realización del tipo especial no es una forma específica de lesión de la Ley más General. El sentido del principio de la especialidad es claro: presupone que entre dos normas

existe una relación de *genus ad speciem* y afirma que en este caso la norma especial tiene prioridad sobre la general y excluye su aplicación. La comprobación de la naturaleza especial de una norma no presenta mayores dificultades, pues no se trata sino de aplicar el método usual que la lógica indica para establecer la relación de *genus ad speciem* entre dos conceptos. Así, una norma debe conceptuarse especial cuando, si no existiera el caso en ella contemplado, entraría en la norma general; la conducta delictuosa absorbida por un tipo genérico y otro especial, este último tiene todos los ingredientes constitutivos del primero y además otros.

En la técnica legislativa del Derecho Penal, tipo especial es el que modifica la pena del tipo básico, agregando o restando a este alguno de sus elementos, sea que lo conserve o no como atentando al mismo bien jurídico. En Lógica, recibe el nombre de género (*genus*), el concepto supraordenado, es decir, el de mayor extensión y menor comprensión respecto a otros, llamados especies o conceptos subordinados. Si aplicamos esta premisa a la cuestión en estudio, habrá relación de especialidad entre dos normas cuando una, que opera como concepto supraordenado, que será la general, describa una conducta de mayor extensión y menor comprensión que la descrita en otra, que funciona como concepto subordinado y será por lo tanto especial.

Citemos algunos ejemplos:

Todo tipo calificado será especial respecto del tipo básico. De la misma manera, cuando un tipo consiste en la alteración de otro, el tipo alterado excluye la aplicación del no alterado. El robo con violencia, robo en lugar cerrado, robo cometido por dependiente que constituyen leyes especiales con relación a la norma general que tipifica el robo simple o tipo básico.

En el fraude genérico que prevé el artículo 386 del Código Penal, resultan especiales todos los delitos a que se refieren las XXI fracciones de fraude específico del artículo 387.

El homicidio en riña, en duelo, por infidelidad conyugal, por corrupción del hijo o de la hija, con alevosía, con premeditación, con ventaja, con traición, son tipos calificados o privilegiados derivados del tipo básico del homicidio. Tanto a las atenuantes como a las agravantes, la norma general es el tipo básico, en este caso del delito de homicidio.

Homicidio simple + parentesco + conocimiento del vínculo = Homicidio calificado. La eliminación de las figuras se hace en forma descendente, es decir, yendo de las figuras con mayor número de requisitos hacia las más simples, pero no a la inversa.

El tipo penal no es aplicable cuando están ausentes los elementos especializantes que forjan su estructura; ignorar el delincuente cuya víctima era su padre, la conducta es subsumible en el tipo genérico homicidio.

La absorción o la consumación de un tipo penal o de una valoración por otra, asume, por ejemplo, con el delito de peligro respecto al delito de lesión del mismo bien concreto; o con el delito en grado de tentativa, respecto al mismo delito consumado. También queda un tipo simple, como el allanamiento de morada, absorbido por otro compuesto de que forma parte, como el robo en casa habitada; una forma de participación menos grave por otra más grave, tratándose del mismo hecho delictuoso: como la instigación por la ejecución personal o autoría material del delito o el auxilio por la inducción o autoría intelectual.

El robo agravado tentado, dado que comienza antes a saber, ya en la fractura, que el robo simple, se extiende más, en ciertas circunstancias que el robo simple tentado, por lo tanto, el caso es, solo en los hechos punibles consumados, un caso autentico de especialidad.

El rapto cometido con violencia excluye todas las características de la privación de la libertad y de la coacción.

Ejemplos estos, entre otros, que se presentan en la practica jurídica y que existe acuerdo entre todos los autores y estudiosos del derecho en aceptar en forma unánime el principio de especialidad, considerándolo algunos autores inclusive, como el único principio válido para resolver el concurso aparente de normas.

3.2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Se dará una relación de subsidiariedad cuando un tipo penal solo sea aplicable en tanto no resulte aplicable a otro. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita , según esté ordenada en la ley o deba ser deducida de esta interpretación.

El principio de subsidiariedad se aplica cuando, por voluntad expresa o tácita de la ley, un tipo solo rige en defecto o subsidio de otro u otros.

Se habla de subsidiariedad cuando una ley se aplicará solo en vía auxiliar. Con frecuencia la misma ley lo dice expresamente: en tanto el hecho no este conminando con una pena más grave, con arreglo a otras disposiciones, y muchas veces esto se deduce por el camino de la interpretación.

Subsidiariedad significa que en una disposición penal solo es aplicable en forma secundaria, o sea, es válida únicamente en el caso que no intervenga otra. Así, se dice que una norma es subsidiaria respecto de otra principal cuando ambas describen grados diversos de lesión de un mismo bien jurídico, de manera que el descrito por la primera por ser de menor entidad cuantitativa queda absorbido por la segunda. Así cuando una ley o disposición de ley tienen carácter subsidiario respecto de otra (principal), la aplicabilidad de ésta ley excluye la aplicabilidad de aquella: *lex prima derogat legi subsidiariae*, por lo que una norma tiene carácter subsidiario respecto de otra cuando ambas describen grado o estadios distintos de ofensa de un mismo bien, de manera que el descrito por la disposición principal, queda absorbido por ésta. Existe una relación de subsidiariedad cuando una norma sirve para completar o integrar otra; es decir, cuando está destinada a reprimir hechos que presentan cierta afinidad con las contempladas por otra disposición diferente, pero sin que entre en ella. La doctrina alemana expresa: la indagación de la subsidiariedad atañe exclusivamente a la función de las normas que se confrontan, en cambio, si se considera el contenido de tales normas y se ve que la norma que es o parece subsidiaria comprende también los hechos considerados en la otra, que tiene una extensión más restringida ya que presenta algún elemento anterior.

Puede concurrir una ley que tenga carácter principal con una que sea subsidiaria. Junto a la disposición principal existe una norma eventual, una disposición auxiliar, una solución de necesidad, una ley vale solo en cuanto que no exista otra (más grave, general, etc.).

La subsidiariedad y sus efectos deben ser cuidadosamente caracterizados en razón de lo discutible de la misma y de la frecuente confusión conceptual que reina en derredor del concepto. La subsidiariedad es el fenómeno jurídico-valorativo que tiene lugar cuando la

tipicidad correspondiente a una afectación mas intensa del bien juridico, interfiere a la que abarca una afectación de menor intensidad. En la subsidiariedad hay interferencia de una tipicidad en otra pero no opera por encerramiento, sino por progresión. Este principio abarca el supuesto del llamado hecho anterior impune, que comprende los casos en que las etapas posteriores del intercrimen desplazan a las anteriores, quedando en porción subsidiaria los actos preparatorios tipificados respecto de los actos ejecutivos, siempre que no excedan en ningún sentido el objeto de la tutela, los actos ejecutivos quedan subsidiados por el delito consumado. La complicidad queda subsidiada por la instigación y ambas por la autoría, la comisión culposa queda subsidiada por la dolosa.

Las figuras están en relación de subsidiariedad cuando, eliminada una de ellas, queda como posible remanente la adecuación a la figura secundaria o subsidiaria. Para que esto pueda ocurrir, es preciso que la figura remanente este comprendida dentro de la desechada.

Su diferencia con el principio de especialidad estriba en que en éste, una de las figuras comprende siempre a la otra, en la subsidiariedad el tipo con más requisitos puede abarcar o no al tipo subsidiario, y solo cuando esa relación se da estamos en la hipótesis que estudiamos. Las palabras que suelen emplear la ley para prever casos de subsidiariedad siempre que el hecho no importe un delito más grave en otras con significado semejante, ponen en evidencia que es solo una posibilidad.

Lo subsidiario es lo que se recurre en defecto del principal. En los mecanismos no indistintos sino de selección, primero se determina el más directo y solo por excepción o falta de éste, se aplicará el subsidiario. La subsidiariedad viene a ser el sustituto del mandato que se estimaba aplicable de origen. Habiendo subsidiariedad cuando una ley solo demanda aplicación de

modo auxiliar en el caso de que la otra (primaria) ya se haya desechado, se caracteriza además porque la figura subsidiaria es siempre de menor importancia, menos grave que el tipo primario.

Por ejemplo:

La tenencia de instrumentos para la falsificación y el delito de falsificación, las lesiones corporales menos graves son subsidiarias de las más graves, el que intenta matar a otro y efectivamente lo mata, será castigado solo por homicidio consumado. En los delitos de lesiones y homicidio, la norma describe una lesión jurídica de peligro más grave que la de daño, propias de las lesiones del homicidio, se aplica únicamente en defecto de ésta la más grave (principal), la segunda se da en el supuesto de que la relación entre la norma subsidiaria y la principal no se anuncie en la ley y se llegue a ella por vía de interpretación sistemática, los actos contrarios a las buenas costumbres o decoro público es, subsidiaria respecto a los actos obscenos, representando un medio represivo suplementario. Los delitos culposos son subsidiarios respecto de los dolosos, los de peligro concreto respecto de los de lesión del mismo objeto de la acción afectado, negándose que lo sean los delitos de peligro abstracto porque suponen un peligro más colectivo que no se agota en la lesión que se produzca, etc.

La subsidiariedad adopta dos formas: expresa y tácita.

La expresa queda identificada por la manifestación que efectúa la ley, de que la disposición no se aplicará en el caso de que concurra el encuadramiento del hecho en otra figura también, pero más severamente penada.

La tácita se caracteriza por hallarse incorporada a un tipo penal, otro que, si bien se halla definida, separadamente se integra como elemento constitutivo del mismo o como agravante.

Cuando un precepto penal expresa de manera clara su propia aplicación. No existe ningún problema, como el caso de que una ley dijera "se aplicará y sancionará siempre y cuando no se cometa otro delito más grave."

Los supuestos de subsidiariedad 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 que la realización de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal, ya que uno de los tipos penales no implica sino una aplicación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo bien jurídico. Dado que una determinada progresión delictiva está tipificada en delitos distintos: delitos de peligro concreto respecto a los correspondientes delitos de lesión, tipos agravados y especiales que tutelan el mismo bien jurídico, se habla del "efecto-exclusivo del tipo más benigno", la tentativa frente a la consumación; preparación independiente frente al delito principal y la tentativa; participación en sentido restringido frente al hecho principal; omisión pura frente al homicidio, formas más leves y más graves de participación entre otros, así tenemos que la instigación y la complicidad son subsidiarias frente a todas las formas de autoría, y dentro de la participación, la complicidad es subsidiaria frente a la instigación, por citar algunos ejemplos.

Los casos de subsidiariedad expresa pueden ejemplificarse en el caso del cheque sin provisión de fondos el cual tiene carácter subsidiario respecto del fraude, los abusos de autoridad que solo se dan, si el hecho no constituye otro delito especialmente previsto, sea

este especial (*prevaricato*) o común aunque la doctrina dominante excluye del concurso únicamente los primeros.

Por lo que la aplicación de una norma en forma subsidiaria es trascendente cuando respecto de la norma principal surge alguna circunstancia que haga no sancionable la conducta por esta última, presentandose los siguientes supuestos que rigen este principio:

- a) La ley subsidiaria solo adquiere valor en el caso de que la otra (la primera) no deba aplicarse.
- b) Son formas relativamente subsidiarias las de aquellos tipos que deban ser aplicados "siempre que el hecho no importe un delito más grave", la ley lo indica expresamente.
- c) Los casos de subsidiariedad tácita, en cambio, deben ser resueltos en virtud de la interpretación teleológica de la ley.

3.3. EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN

En la temática de la absorción se abarca las acciones propias del camino hacia el delito, o sea, aquellas anteriores a la consumación que pueden tener vida delictual autónoma, pero quedan concluidas "consumidas", para formar parte del delito que finalmente queda realizado, cuando un tipo penal no está contenido necesariamente en otro, pero un hecho concurre regular y típicamente con la comisión de otro, de suerte que su contenido de injusto y culpabilidad está abarcado y consumido por la forma delictiva más grave.

Este principio obra cuando una figura delictiva abarca y consume otra, y esto sucede, cuando las figuras tienen una relación de menos a más, o de parte a todo, o de imperfección a perfección, o de medio a fin conceptualmente necesarios a presupuestos, incluyéndose los delitos progresivos (en que grados crecientes de lesión de uno mismo bien jurídico, real o nominal están contemplados como delitos diversos, y en el precepto de mayor amplitud comprende el hecho previsto en otro tipo que tiene menor alcance; en este supuesto prevalece la aplicación del precepto más amplio. Esta relación de consunción se da cuando el contenido de lo ilícito y la culpabilidad de un delito esta incluido en otro, cuando la realización de un tipo (más grave) por lo menos, por regla general incluye la realización de otro (menos grave) . La relación no es de naturaleza solamente lógica, no existiendo acuerdo entre los autores, comprender a los actos posteriores copenados dentro de la absorción, y si en cambio existe consenso unánime en los casos en que intervienen hechos acompañantes característicos.

Así como los tipos especiales, quedan los generales encerrados conceptualmente, lo mismo pasa cuando un tipo encierra al otro materialmente, lo consume. Esta es la relación de absorción que puede tener lugar entre dos tipos, en que uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición; la ley de más amplio alcance debe absorber a la de menor alcance, un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye o consume ya el desvalor que este supone por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad, siendo que, cuando una ley que conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra, no permite por ello la explicación de esta última y la excluye; el fundamento que justifica dicha exclusión no lo suministra la relación lógica de ambas leyes entre sí, sino más bien, el propio sentido de las mismas con arreglo a una interpretación valorativa, así también se estima que con el principio de la absorción se resuelven los casos que otros autores consideran se solucionan con la subsidiariedad; siendo la absorción como un estadio inferior

de la violación que, aisladamente integra un tipo; pierde dicha identidad cuando se convierte en elemento de una figura delictiva que capta un estadio superior, o sea, una lesión jurídica más acentuada. Distinguiéndose una relación progresiva que tienen entre si algunas figuras, ya que las acciones van recorriendo gradualmente distintos grupos.

Así las lesiones y homicidio, la tentativa concierne a la consumación, participación relativamente a autoría, los delitos complejos, la propia ley reúne en una sola varias figuras delictivas con una pena unitaria: robo en casa-habitación y allanamiento de morada, robo violento y coacciones, violación y atentados contra la libertad sexual y los actos copenados, que pueden ser previos (preparación a tentativa, tentativa a consumación y toda forma de progresión criminosa), o posteriores actos impunes de agotamiento del delito que no constituyan una nueva lesión: consumo o inutilización de la cosa robada no concurre con daño en bien ajeno, en el homicidio se absorben las lesiones que después originaron la muerte. Lo mismo sucede con el aborto y lesiones que con el se causan, lesiones leves, graves y gravísimas. En la privación ilegal de la libertad, la privación es un elemento del tipo puesto que se habla de que "cuando la privación ilegal de la libertad tenga carácter de secuestro;" el delito de abogados, en lo relativo al abandono de la defensa sin motivo justificado causando daño, en relación con el fraude que alude al mismo abandono, habiendo obtenido dinero.

Siendo actos anteriores y posteriores que no lesionan un nuevo bien jurídico y que, por lo tanto, no se toman en cuenta como acciones independientes junto con el hecho principal; la relación de absorción tiene lugar en el caso del hecho posterior, que unos llaman impune y otros copenados llegando a sostenerse que se trata de un hecho posterior amparado por una causa personal de exclusión de pena.

Son casos de absorción del llamado "hecho posterior", la retención indebida que sigue al ardid que motivó la entrega (estafa); el delito de daño en la cosa ajena que tiene lugar después del apoderamiento de la misma, etc., el problema acerca de si es la misma y otra conducta se plantea al partícipe que instiga o coopera en el segundo episodio (la retención, el daño). Si hay unidad de conducta será únicamente cómplice en el delito de robo en el fraude, considerado el agotamiento como unidad de conducta con la agotada, abarcada por la desvalorización típica, la solución como complicidad en el llamado "hecho anterior", que en realidad es un "hecho único". Entendiéndose que el desvalor de la etapa posterior a la consumación, que no tiene más objeto que agotar el contenido prohibitivo o desvalorizante del delito, no da lugar a una nueva conducta.

Otra hipótesis de absorción es cuando el desvalor de una característica eventual de la conducta esta ya comprendido o abarcado por el tipo de que se trate. Suele llamarse a este caso "hecho típico acompañante". Tal es el supuesto de las lesiones leves que son producidas por la violencia exigida en el tipo, no se trata de encerramiento conceptual, sino material o valorativo, así resulta, que el robo con violencia en las personas o la violación por ejemplo, puede cometerse sin que haya lesiones leves, como consecuencia de la violencia ejercida sobre las personas pero cuando las haya y no sean mas que emergentes de la violencia que requiere en el tipo (los rasguños, esoriaciones, marcas o hematomas de ligaduras, hematomas producidas para reducir a la víctima, etc.), no se trata más que del resultado de una característica que está requerida en la tipicidad que consume.

Lo mismo tiene lugar con la privación de la libertad pasajera, que solo es la necesaria para posibilitar la fuga de los autores del robo y queda abarcada por la lesión a la libertad deviene de la intimidación.

Hay otros "hechos típicos acompañantes", que quedan consumidos en la tipicidad aplicable en función del principio de su insignificancia, son casos de absorción pero no opera allí la absorción por las mismas razones que en el caso anterior, sino que opera cuando el homicidio tiene lugar un daño en las cosas, siendo diferente la razón por la que opera la absorción en el homicidio y en el robo, en el robo el legislador agrava la configuración del delito que afecta la propiedad, porque también la violencia afecta a la libertad o a la integridad física, por peligro o pequeña lesión, es decir, que la pequeña afectación lesiva de los bienes jurídicos integridad física y libertad, junto a la mayor afectación de los mismos por peligro ya integra la tipicidad conglobante del robo; en el homicidio se opera la absorción pero no porque el tipo abarque daño, ya que resulta inconcebible que el tipo de homicidio lo tome cada uno de sus elementos o características aunque sea en sentido material; lo que sucede es que el tipo de homicidio desplaza la tipicidad legal del daño consistente en la perforación de las ropas de la víctima por efecto de la acción, se trata de un lesión que queda atípica por insignificante frente a la magnitud de la lesión cometida en la tipicidad consumidora. De cualquier forma la absorción tiene los mismos efectos que la del "hecho típico acompañante", común aunque su mecanismo de producción sea diferente; se trata de una lesión que queda atípica por insignificante, frente a la magnitud de la lesión cometida en la tipicidad consumidora, la absorción tiene los mismos efectos que la del hecho típico acompañante común", aunque su mecanismo de producción sea diferente.

Se hace alusión a las acciones posteriores al delito que pueden constituir en un simple agotamiento de la conducta. El daño o destrucción de la cosa robada, la venta misma de la cosa por el ladrón, la destrucción o la sepultura de un cadáver por el homicida, todos estos actos anteriores y posteriores quedan consumidos por la figura principal delictiva, tanto los medios como agotamiento, salvo deseo expreso del legislador, se considera parte del ilícito,

resolviéndose el posible concurso aparente de normas por este principio de absorción o consunción, también se presenta entre las otras normas de agravación y de atenuación, si la absorción implica una solución en favor de la entidad mayor, que sucede en la pena agravada para el delito de lesiones que se infieran a un ascendiente, si estas son acusadas encontrándose al activo en estado de emoción violenta, la pena es atenuada, las soluciones han sido dispares, afirmándose que se trata de un verdadero concurso de normas, y se le resuelve por el principio de la ley más benigna, sea por el principio de especialidad o por la sumisión al tipo más grave, o se sostiene que debe aplicarse solamente al tipo básico, porque la agravante se destruye entre sí, o por otro lado se opina que es concurso ideal, lo que significa doble encuadramiento y la aplicación de la pena más grave.

Por lo que concluyo:

El principio de absorción o consunción se presenta:

- a) Cuando el bien tutelado por la norma de mayor alcance o amplitud, comprende el tutelado por la otra de menor alcance.
- b) Cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud.
- c) Cuando los medios exigidos en el tipo, correspondiente a una figura delictiva descrita autónomamente.
- d) En la hipótesis del hecho anterior y posterior.

3.4. PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

Los juristas alemanes fueron los que desarrollaron este principio, destacando FRANK, LISZT-SCHMIDT, ALLFELD Y HUNIG, en tanto que la doctrina italiana no la considera como una forma de resolver el concurso aparente de normas, este principio es muy criticado y no aceptado por muchos autores, entre ellos, Felipe Grispi, Ernesto Mayer, Max Ernest, Edmund Mezger, Luis Jiménez de Asúa, Carlos Fontan Balestra, entre otros, ya que consideran que con los tres principios anteriores se ha abarcado el conflicto que presenta la concurrencia aparente de normas.

El principio de alternatividad existe cuando dos o más disposiciones de un ordenamiento jurídico vigente en el mismo tiempo y en el mismo lugar, se presentan a primera vista como igualmente aplicables a un mismo hecho, pero siendo de tal naturaleza que la aplicación de una excluye la aplicación de la otra, por lo que un hecho corresponde a uno o varios tipos que se excluye entre sí por sus modalidades o características, y si varias leyes, continúan la misma acción, con arreglo a diferentes criterios jurídicos, con una pena distinta, si se puede admitir que cada una de esas leyes encontrará aplicación, con tal que la otra no contenga una conminación más grave de pena, entendiéndose por principio de alternatividad cuando el mismo hecho está previsto desde distintos puntos de vista, por varias leyes y castigado con diversa pena, siempre que cada una de estas leyes solo pueda ser aplicada cuando no haya otra que señale pena más grave que será aplicable.

La alternatividad existe cuando distintos preceptos jurídicos se comportan en vista a la protección del mismo bien jurídico, como distintos medios para alcanzar el mismo fin, a la diferenciación de medios responde la imposibilidad de unir las características legales del tipo,

ya que la alternatividad, como su nombre lo indica, se aplica una u otra figura por cuanto la aplicación simultánea de ambas significaría un flagrante contradicción lógica, así cuando dos leyes protegen el mismo interés jurídico se puede aplicar cualquiera de las dos siendo indiferente a la que subsista operándose por uno u otro tipo, pues existiendo contradicción entre éstos, no es posible aplicarlas simultáneamente a la misma conducta: la afirmación de uno explica la negación de otro y viceversa, así tenemos que: una cosa pueda estar dentro de la esfera de custodia de su dueño, o fuera de ella, pero no puede estarlo a la vez en ambas situaciones, por lo que si un sujeto se apodera de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para poder calificar su conducta deberemos investigar si el apoderamiento fue furtivo o no, si la cosa se hallaba en su poder, habrá apropiación indebida y si no, habrá robo o abuso de confianza; peculado o abuso de confianza, complicidad o encubrimiento. De esta forma tenemos que la relación alternativa es aquella en que dos figuras reciprocamente se excluyen por incompatibilidad con relación a un mismo hecho el cual solo puede encuadrar en la una o en la otra, o hay robo o hay fraude, ya que, respecto del mismo acontecimiento no pueden coexistir el encuadramiento en ambas figuras a la vez, la alternatividad se produce como consecuencia de que las valoraciones contenidas en la ley penal resultan equivalentes, de manera que es indiferente, a los fines de la punibilidad, que se aplique un tipo u otro, esa indiferencia no puede confundirse con la neutralidad de los tipos, porque no se refiere a los tipos, sino a la pena que ellos acarrearán, los tipos son siempre incompatibles y se excluye toda posibilidad de aplicación simultánea porque cualquiera de ellos es suficiente para alcanzar el grado de penalidad y a ésta le es indiferente además que uno de los tipos se haya también ejecutado la acción correspondiente al otro tipo, y claro esta, sea ello con un solo hecho o no, la diferencia entre la alternatividad de este tipo y la simple neutralidad, consiste en que ésta las figuras son indiferentes y lo son siempre, mientras que en la alternatividad las figuras se vuelven indiferentes reciprocamente en el momento de su aplicación simultánea, porque esta

no tiene ninguna posibilidad de influir sobre la pena. No solamente se produce esa situación dentro de varias formas de una misma disposición penal, sino que, en general esa exclusión por alternatividad, se dará siempre que nos encontremos en una situación de equivalencia, sin que una razón de especialidad intervenga para la eliminación de una de las figuras, por tratarse de un caso que podría encuadrarse en cualquiera de los dos tipos. Y esto se produce tanto en el sentido de formas de agravación, como de formas atenuadas, teniendo que nuestra legislación sanciona en el Código Penal, dentro del Título relativo a la Falsedad en Declaraciones Judiciales: al que en juicio de amparo rinda informes como autoridad responsable en lo que afirmare una falsedad o negare la verdad en todo o en parte, a su vez la ley de Amparo se describe la figura. Las autoridades responsables que en juicio de amparo o en el incidente de suspensión rindan informes en los que afirmaren una falsedad o negaren la verdad en todo o en parte, serán sancionados en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para las autoridades que lleven a cabo estas afirmaciones o negaciones o negativas al enviar información a otra autoridad; verificadas ambas hipótesis, se denota que en primer lugar se trata de la misma pena y en segundo lugar la conducta descrita es idéntica tanto en una como en la otra, incluso resulta clara la repetitividad en las normas, por eso no hay variante, ni trascendencia para juzgar con base en el dispositivo de la Ley de Amparo o en el Código Penal, este es un caso de alternatividad, no entendida como exclusión ni como neutralidad, sino como una factibilidad de una tipificación en cualquiera de ellas con solución alternativa (una u otra) con el mismo efecto en cuanto a sanción.

Respecto de este principio también se da la situación de que cuando en un mismo precepto se prevén conductas diferentes con la misma pena, ya que la formulación alternativa de las normas se refiere a alguno o algunos de los elementos que constituyen el tipo: conducta, medios comisivos, circunstancias locales o modales, etc., por ejemplo en el delito de cohecho:

el funcionario o empleado público de organismo descentralizado que por sí o por un tercero lo solicite o reciba indebidamente, en esta figura la conducta típica se halla formulada alternativa, de manera que si en un caso concreto se solicita y se recibe también, ello no significa que exista concurso, pues para la integración del cohecho basta que se solicite o reciba indebidamente, en esta figura la conducta típica se halla formulada en forma alternativa, de manera tal, que si en un caso concreto se solicita y se recibe también, ello no significa que exista concurso, pues para la integración del cohecho basta que se solicite o bien reciba, siendo indiferente el que se efectúen ambas conductas, igual situación se da en el delito denominado violación a las leyes de inhumación y exhumación, cuando nos indica el correspondiente dispositivo: al que destruya, mutila, oculte o sepuite ilegalmente un cadáver.

En términos generales, la alternatividad, expone 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 u otra. Es conveniente poner de relieve aquella concurrencia de normas que origina la relación alternativa, como en toda apariencia de concurso, las figuras se excluyen por su incompatibilidad, ya que aún regulando el mismo hecho, esto solo puede adecuarse a una o a otra de tales normas, pero no a ambas, pues de operarse este fenómeno surgiría un auténtico concurso. Como también en el concurso ideal de delitos se da el supuesto de que un mismo hecho es subsumible en dos figuras delictivas distintas, surge la necesidad de diferenciarlo de la colisión de normas, tal diferenciación radica no en un elemento lógico, ya que en el concurso de normas las diversas partes del hecho, que corresponden a las dos figuras son las mismas y el concurso ideal una parte del hecho corresponde igualmente a las dos figuras y las otras partes del hecho se conforman una a una

figura y otra al otro, sino al bien jurídico violado, que es único en la colisión de normas y plural en el concurso de de itos.

Algunos autores al ocuparse de la alternatividad, estiman prudente hacer referencias a las leyes complejas alternativas o mixtas alternativas, así llamadas doctrinalmente para diferenciarlas de las complejas o mixtas acumulativas, clasificación de los tipos que tienen especial importancia, distinguiéndose entre la ley mixta alternativa o ley mixta acumulativa, siendo la primera aquella que establece diversas modalidades de realización, esto es, en que el tipo describe diversas conductas, acciones o actos que prevén alternativamente la figura delictiva, de manera que su valor fungible hace indiferente la realización de una o de otra de las conductas descritas, pues con cualquiera de ellas el delito se perfecciona, por eso se dice que en tales normas el carácter alternativo se expresa con la conjunción "o" la cual establece disyuntivamente la posibilidad de integración del delito con cualquiera de las conductas o acciones descritas, teniendo valor la expresión de que en tales leyes se reúnen varios tipos de una "unidad externa". La ley mixta acumulativa, en cambio, se encuentra formulada por hechos acumulativamente previstos, y la falta de fungibilidad de los mismos, en razón de su diversa exigencia valorativa, origina la autonomía funcional de cada uno de los acontecimientos descritos: en esos tipos se recogen pluralidad de conductas o hechos delictivos autónomos entre sí, en virtud de que las modalidades reunidas son formas independientes de ejecución del delito, no permutables entre sí, ejemplos: El artículo 123 del Código Penal del Distrito Federal tipificador del delito genérico de traición a la Patria recoge un tipo de formulación alternativa, al establecer que comete el delito de traición: el que realice actos contra la independencia de la Nación Mexicana, su soberanía a la integridad de la Nación, destruya o quite dolosamente las señales que marcan los límites del territorio nacional o haga que se confundan; al que oculte o auxilio a los espías. etc.

Los artículos 133, 139, 146 y 149 bis entre otros muchos, pueden ser considerados como preceptos que recogen tipos alternativos, por cuanto en ellos se describen diversas conductas separadas en forma disyuntiva por la conjunción mencionada, de manera que el delito es perfecto cuando se ejecuta cualquiera de ellas a virtud de que la pena es idéntica y las mismas tienen autonomía entre sí.

Los tipos acumulativos (acumulativamente o leyes complejas acumulativas), como de ordinario se les conoce, son raros en nuestra legislación, pero se distinguen de los tipos alternativos en que ellos se precisa la concurrencia de todas las hipótesis descritas.

El artículo 250 fracción I del Código Penal sanciona a quien sin ser funcionario público se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal, no bastando para integrar la usurpación el atribuirse una cualidad de la que se carece (servidor público), sino que se requiere, además ejercer alguna de sus funciones; el tipo exige la realización de las dos conductas descritas: la primera consiste en atribuirse el carácter de funcionario público sin serlo y la segunda en ejercer alguna de las funciones inherentes al cargo usurpado.

De todo lo anterior se señalan los siguientes presupuestos para el principio de alternatividad:
Debe distinguirse entre:

- a) Los casos de "Configuración unitaria sintética" en los que hay exclusión del concurso.
- b) Los tipos o delitos con "Pluralidad de hipótesis", en los que hay sin embargo unidad en el delito.
- c) La auténtica y verdadera pluralidad de delitos originantes de un concurso.

CAPITULO 4

LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS EN EL
CÓDIGO PENAL EN:

- 4.1 EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL
- 4.2 EN EL AUTO DE FORMAL PRISION
- 4.3 EN LA ETAPA DEL JUICIO
- 4.4 EN LA SENTENCIA

CAPITULO 4. LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS EN EL CÓDIGO PENAL EN:

Los periodos del procedimiento penal nacen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aún cuando no se hallen expresamente determinados en ésta. Del artículo 21, que establece la función persecutoria de los delitos a cargo del Ministerio Público, surge la necesidad de un periodo de preparación del ejercicio de la acción penal; del artículo 19, se señala un lapso no mayor de 72 horas, entre la detención y la formal prisión y el del proceso que se inicia con esta resolución, el periodo del juicio se subdivide en otros y es el antecedente necesario de la sentencia, que pone fin a todo procedimiento en los términos del artículo 14 de la ley fundamental. El procedimiento se divide en: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución, estos están distribuidos aunque sin estar enunciados expresamente en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Los periodos del procedimiento penal propiamente dichos son los que corren a cargo del órgano persecutor (averiguación previa) y jurisdiccional (preparación del proceso y juicio).

1) A cargo del órgano persecutorio: periodo de averiguación previa.

2) A cargo del órgano jurisdiccional:

a) Periodo de instrucción que se divide en dos:

- De preparación del proceso, desde el auto de radicación hasta el de formal prisión.

- De proceso, desde el auto de formal prisión hasta el que declara cerrada la instrucción y pone la causa a vista de las partes.

b) Periodo de juicio que comprende:

- De preparación, que se abre con el auto de vista de partes y termina con el de citación para la vista
- De debate, o vista de la causa.
- De decisión (sentencia)

4.1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Todos y cada una de las normas penales singulares contenidas en el libro II del Código Penal otorgan al Estado la potestad de penar las conductas en ellas descritas, el poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con objeto de obtener del órgano de esta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de la conducta descrita en ella, recibe el nombre de acción penal.

"ACCIÓN PENAL.- Es el poder jurídico de excitar y provocar el ejercicio de la jurisdicción penal para el conocimiento de una determinada relación de derecho penal y obtener su definición mediante la sentencia (Florian)."⁵⁴

⁵⁴De Pina, Rafael, Diccionario de Derecho, 11. edición. Ed. Editorial Porrúa, S.A., 1983, México. pág. 32

La acción penal es, en términos generales de condena, pero al propio tiempo declarativa, puesto que se endereza a obtener la declaración de responsabilidad penal.

Los presupuestos del ejercicio de la acción penal son:

- a) La causación en el mundo exterior de un hecho que la norma penal singular describe como delito.
- b) Que el hecho mencionado haya sido dado a conocer al órgano persecutorio, es decir, al Ministerio Público, por medio de una denuncia o querrela o excitativa en su caso.
- c) Que la denuncia o querrela que estén apoyadas en la declaración de un tercero digno de fe, bajo protesta de decir verdad o, en su defecto, en datos de otra clase.
- d) Que valorados en su conjunto los datos ministrados por la declaración del tercero o averiguados por el Ministerio Público, resulte probable la responsabilidad de una persona física y perfectamente identificada.

Los resultados a que se encuentran subordinados el ejercicio de la acción penal dentro del sistema legal se le conocen como condiciones de la acción (o condiciones de procedibilidad) que son: la querrela, la excitativa y la autorización.

Como el ejercicio de la acción penal es dentro del procedimiento un acto de parte, y por tanto de iniciativa, la existencia o inexistencia de los presupuestos mencionados queda sujeta exclusivamente a la estimación del Ministerio Público, el juez a quien le corresponde decidir,

en el auto de radicación, sobre la legalidad de la situación planteada, por aquél, al ejercitar la acción.

El ejercicio de la acción penal se rige por el principio oficial (lo promueve el Estado), en cuanto que solo lo ejercita el Ministerio Público, que es un órgano estatal, sin que esto signifique que se desconozca el principio dispositivo (lo ejercitan los particulares), ya que dicho órgano no puede ejercitar la acción sin que medie denuncia o querrela.

La acción penal nace con el delito, cuya realización origina el derecho del Estado, para actualizar sobre el responsable la conminación penal establecida con carácter general en la ley, desarrollando tres etapas.

- 1) Preparación de la acción
- 2) Persecución, que se inicia con la consignación del órgano jurisdiccional y se desarrolla durante la instrucción, y:
- 3) El de acusación que se inicia con el escrito de conclusiones durante el periodo del juicio.

El Ministerio Público debe agotar la averiguación previa, y en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 Constitucional, y una vez agotada ésta procede a consignar ante el juez correspondiente; y es en esta etapa en donde se ha definido el delito o delitos que resultan de la investigación realizada y que se le imputa a el presunto responsable. Si el sujeto activo perpetra dos o más ilícitos, el C. Agente del Ministerio Público consigna por todos éstos, sin que sea su función

analizar si a éstos las normas que los rigen son compatibles o no entre sí, de ahí que el pliego de consignación proporcionen elementos fértiles para la aplicación del concurso aparente de normas en relación a la resolución que recaiga a dicha petición que hace el Ministerio Público.

En consecuencia, tan luego como el juez reciba la consignación dictará auto de radicación, en el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne los requisitos del artículo 16 Constitucional, iniciándose el periodo de preparación del proceso, si la consignación se hace con detenido, el juez decretará la ratificación de la detención del consignado en este auto y disponiendo de 48 horas para tomar la declaración preparatoria del indiciado, y otro plazo de 72 horas para resolver, si decreta la formal prisión o preventiva, o la libertad, según proceda, si la consignación se realiza sin detenido solicitando la aprehensión o comparencia del sujeto pasivo de la acción penal, el juez decidirá para obsequiarla o negarla, si la consignación se realizó de acuerdo a lo establecido por la ley.

Los ilícitos consignados en el pliego que remite el Ministerio Público a el juez y que se imputan a un sujeto, debe ser objeto de análisis cuidadoso, derivándose de éste, la situación inmediata del indiciado en cuanto a el derecho o no que tiene a la libertad provisional bajo caución, según lo establecido por el artículo 268 del Código Penal. En este punto es fundamental advertir que el ejercicio de la acción penal que realiza el Ministerio Público finalmente afecta a el sujeto pasivo de ésta en uno de los bienes más preciados del ser humano, después de la vida, la libertad, no importa que se denomine "provisional", ya que la reclusión del individuo persigue básicamente garantizar la efectividad de la sentencia y que el procedimiento se siga hallándose el presunto responsable presente; pero si el Ministerio Público consigna como se advierte en la práctica que lo hace, por todos los ilícitos que según su estimación se acreditan, y finalmente se tipifican menos delitos de los se consignaron inicialmente, no en el proceso, ni

al término de éste, sino antes del dictado del Auto de Plazo Constitucional de las 72 horas en donde se resolverá su situación jurídica, o sea, al determinar si tiene derecho a gozar de la libertad caucional, se coarta el derecho a la libertad condicional que tiene, por el simple hecho de que el Ministerio Público no esta facultado para determinar la aplicación de los principios que he tratado. Es cierto que la función fundamental del Ministerio Público no consiste en juzgar sino en investigar y consignar los ilícitos de que tiene conocimiento, entre otras funciones, y al respecto se puede citar libros y tratados numerosos, toda la doctrina existente sobre estas funciones, pero esto no justifica que la imperfección del sistema legal se vierta a fin de cuentas en los integrantes del mismo, por no existir la instrumentación jurídica inserta en nuestro Código Penal que obligue al Agente del Ministerio Público que consigna, a el término de su investigación y antes de que la causa se remita a el órgano jurisdiccional a realizar un breve análisis de los ilícitos que imputa como perito que es un derecho, y si de éste se deduce que en éstos se actualizan los principios de absorción, alternatividad, subsidiariedad, sin que exista base jurídica que implemente su aplicación al respecto, en el Código Sustantivo Penal, dado lo anterior consigna incorrectamente por todos lo delitos que aparentemente se cometieron, siendo que debe consignar correctamente por el o los delitos que en base a los principios materia de la presente tesis debe determinar únicamente; instrumentando con esto las condiciones legales necesarias a fin de que el sujeto pasivo de la acción penal sea objeto de una justicia real y evitar violar en todo momento las garantías constitucionales de que goza.

4.2. EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Dentro del término de 72 horas señalado en el artículo 19 Constitucional, el juez deberá resolver sobre la situación jurídica del indiciado decretando su formal prisión en caso de hacerse comprobado la tipicidad del delito o delitos que se imputan, y su probable

responsabilidad penal, o su libertad en el supuesto de que no se hallen comprobados ambos extremos o cualquiera de éstos.

La regla contenida en el artículo 122 del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, comprueba la existencia de los elementos materiales del o los ilícitos, observándose en cada caso concreto la figura del delito descrito en el precepto jurídico; separando los elementos materiales de los que no lo son.

Los requisitos del auto de Formal Prisión son: (artículo 297 del código de Procedimientos Penales para el D.F.)

- I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial.**
- II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla.**
- III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse el proceso.**
- IV. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad.**
- V. Que no esté acreditada alguna causa de lícitud.**

VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

VII. Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

El Auto de Formal Prisión produce los siguientes efectos:

- a) Inicia el periodo del proceso abriendo el termino de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional.
- b) Señala el delito por el cual ha de seguirse el proceso, es decir, fija el tema al proceso.
- c) Justifica la prisión del sujeto pasivo de la acción penal que se convierte de indiciado a procesado.
- d) Suspende los derechos de la ciudadanía. (Artículo 38 Constitucional fracción II).

El Auto de Formal Prisión resulta del estudio profundo que se realiza de las constancias que el Ministerio Público que consigna aporta a el juez, y éste en base a estas constancias determinará si proceden, o no, los delitos por los que acusa al Representante Social, cumpliendo con los requisitos tanto de fondo como de forma que establece la ley, y es en esta etapa y en donde la práctica ha demostrado que no se tienen los instrumentos legales adecuados para que el juzgador tome una decisión con respecto a la clasificación correcta de los ilícitos consignados por el Ministerio Público, por lo que si tiene a su disposición un indiciado acusado por varios ilícitos como por ejemplo:

1) ROBO CALIFICADO CON VIOLENCIA MORAL

(art. 367) (art. 373 párrafos primero y tercero)

2) Y PORTACION DE ARMA PROHIBIDA

(art. 160)

ó

3) ROBO Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA

(art. 367) (art. 399)

ó

4) ROBO Y ALLANAMIENTO DE MORADA

(art. 367) (art. 285)

ó

5) VIOLACION Y AMENAZAS

(art. 265) (art. 285)

ó

6) VIOLACION Y LESIONES

(art. 265) (art. 88)

ó

7) ABANDONO DE PERSONA Y HOMICIDIO

(art. 335) (art. 302)

ó

8) LESIONES Y HOMICIDIO

(art. 288) (art. 302)

ó

9) PORTACION DE ARMA PROHIBIDA Y HOMICIDIO

(art. 160)

(art. 302)

ó

10) LESIONES Y HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA

(art. 288)

(art. 302 en relación al art. 12)

Entre otros que se puedan presentar; se decreta la Formal Prisión o Preventiva por éstos delitos, fijándose por estos el proceso en contra del inculpado, como uno de los efectos de la resolución, violándose la garantía constitucional establecida en el artículo 23 Constitucional, ya aludida, y no obstante que el juzgador puede cambiar la clasificación hecha por el Ministerio público en la consignación y debe hacerse cuando se trate de los mismos hechos, el juez carece de elementos jurídicos reales en los cuales basar su actuación para realizar la correcta clasificación de los delitos imputados, por lo que en la práctica se realiza interpretativamente y en base a la experiencia jurídica del Resolutor, y al no existir sistemática jurídica al respecto establecida en nuestro Código Penal, se decreta la formal prisión o Preventiva por todos los delitos que el Ministerio Público acusa, dejando para el dictado de la sentencia la modificación correspondiente.

Por lo que se propone la inserción de los principios de absorción, subsidiariedad o alternatividad que en este trabajo se analizaron en el Código Penal en el Distrito Federal a fin de que se fortalezca nuestro ordenamiento jurídico y el juez tenga elementos legales en los cuales basar su actuación; pudiendo suceder también, en esta etapa que la atipicidad del delito se presentara, por ejemplo, el adicionado artículo 371 reza: "...Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince

años de prisión y hasta mil días multa..." y durante el transcurso del término Constitucional se demostrara que uno de los sujetos es menor de edad., el tipo penal que inicialmente se acreditó ya no existe, que puede hacer el juzgador, decretar la libertad por atipicidad dando lugar a la impunidad o remitirse al tipo general de robo establecido por el artículo 367 del Código Penal, de acuerdo a la propuesta que hago, si en el Código Penal estuvieran contemplados la aplicación de los principios tema de este trabajo, el juez no se enfrentaría a la delicada tarea de juzgar sin base jurídica o aproximaciones y tendría los elementos interpretativos reales para apoyar sus resoluciones, basándose en el caso anterior al dictar el Auto de Formal Prisión en el principio de Subsidiariedad, Absorción o Alternatividad, según corresponda a el caso citado.

4.3. LA ETAPA DEL JUICIO

Dice el artículo 19 Constitucional:

"... Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción o proceso..."

Por lo que el periodo de proceso se inicia con el auto de formal prisión y su objeto esta constituido por la jurisdicción que tiene que decidir en base al cuerpo del delito, responsabilidad, y absolución o condena.

La doctrina divide al proceso en: Principal y Accesorio

El primero nace de la pretensión punitiva del Estado teniendo un carácter fundamentalmente público y se divide en dos principios:

- 1) El principio de Inmutabilidad
- 2) El Principio de Indisponibilidad

El principio de inmutabilidad significa: que la relación jurídica llevada al proceso no puede tener otra solución que la que se resuelva en sentencia (excepto por perdón de la parte ofendida en los delitos perseguidos por querrela y el desistimiento que puede realizar el Ministerio Público), y el principio de Indisponibilidad conlleva que ninguna de las partes tiene facultad para desviar el curso del proceso ni para imponer al Órgano jurisdiccional la decisión, de ahí que la autoridad jurisdiccional pueda variar la clasificación legal de los hechos consignados por el Ministerio Público.

El objeto accesorio estaba constituido por la relación jurídica de orden patrimonial que se traduce en la reparación del daño causado por el delito, actualmente la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y por lo tanto la prueba del daño causado y su resarcimiento, en cuanto la solicita el Ministerio Público, integra parte del objeto principal del proceso.

El proceso se divide en dispositivo e inquisitivo.

Los caracteres del proceso dispositivo son:

- 1) Solamente puede ser iniciada a instancia del titular de la acción.

- 2) Solamente puede ser objeto del proceso, y por ende, de la sentencia los hechos invocados por las partes que intervienen en aquel.
- 3) El juez no puede valorar otras pruebas que las ofrecidas por las partes.
- 4) Los hechos sobre los cuales están de acuerdo las partes deben ser tenidos por ciertos y en consecuencia excluidos de la prueba.
- 5) La sentencia debe estar conforme a lo alegado.
- 6) La sentencia no puede condenar más ni a otra cosa que la pedida.

En el proceso inquisitivo su fundamento no es la instancia de parte legítima, sino la libre investigación judicial, por lo que el juez está facultado a:

- 1) Iniciarlo de oficio.
- 2) Allegarse todos los medios de prueba que estime convenientes o necesarios

En la práctica, el proceso se sigue por todos y cada uno de los delitos señalados en el auto de formal Prisión, por que si en el transcurso de éste, el juzgador se percatara que alguno de los ilícitos fue el medio comisivo del otro, absorbiéndose, el proceso se sigue hasta su término y en sentencia se resuelve esta cuestión.

La situación que se presenta en esta etapa es la misma que he venido mencionando en las anteriores, (ejercicio de la acción penal y auto de formal prisión), si al procesado se le

imputados o más ilícitos, y uno de éstos es subsumible en otro u otros, no existe en el Código Penal base jurídica en la que el juez se apoye a fin de constreñir el proceso por el delito o delitos que realmente se van a juzgar, pudiéndose presentar el hecho de que si durante el ejercicio de la acción penal y el auto de formal prisión no tuviera derecho a la libertad provisional, durante el proceso si lo tuviera, ya que el delito que absorbe a otro, no estuviera señalado como grave por la ley se violaría la garantía constitucional que tiene el proceso a la libertad, por lo que se propone insertar en el Código Penal artículo expreso que limite el juicio únicamente al delito o delitos en concreto que realmente se va a juzgar, derivándose con ello todas las consecuencias legales inherentes, aplicando los principios de absorción, subsidiariedad y alternatividad que a el caso procedan.

4.4 EN SENTENCIA

"Sentencia es: el acto decisorio del juez, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley."⁵⁵

La naturaleza de la sentencia penal es mixta:

Como la acción penal, en términos generales, de condena, pero al propio tiempo, declarativa, puesto que declara la responsabilidad penal, que es el antecedente de la condena, o sea, de la actualización de la conminación penal sobre el sujeto pasivo de la acción.

La sentencia es el resultado de tres momentos: de crítica, de juicio y de decisión.

⁵⁵ De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, 11ª edición. Ed. Porrúa, S.A., México, 1983. pág. 445

El momento de crítica, de carácter eminentemente filosófico consiste en la operación que realiza el juez para formarse la certeza.

El momento de juicio, de naturaleza lógica consiste en el raciocinio del juez para relacionar la premisa que es la norma, con los hechos ciertos.

El momento de decisión, de naturaleza jurídico-política, consiste en la actividad que lleva a cabo el juez para determinar si sobre el sujeto pasivo de la acción penal se actualiza el deber jurídico de soportar las consecuencias de los hechos.

Por lo que la sentencia es un acto mixto, integrado por tres elementos: crítico, lógico y político, es decir, un acto filosófico, lógico y autortario.

El artículo 72 del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala los requisitos formales de la sentencia:

- I. El lugar en que se pronuncia.**
- II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia, o domicilio, ocupación, oficio o profesión.**
- III. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutorios del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias.**

IV. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia, y

V. La condenación a absolución correspondiente y los demás puntos resolutiveos.

Los requisitos mencionados en las fracciones I y II forman el encabezado de la sentencia, los mencionados en III los resultados, los mencionados en IV, los considerandos y los mencionados en el V, los puntos resolutiveos.

Los requisitos de fondo de la sentencia derivan de los elementos critico, lógico y político jurídico que la integran:

- I. Determinación si esta comprobado o no el tipo penal del delito.
- II. Determinación de la manera en que el sujeto pasivo de la acción penal debe responder o no de la comisión de un hecho, y:
- III. Determinación si se actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal, la comisión penal establecida por la ley.

La sentencia debe dictarse por el delito o delitos por que se haya seguido el proceso, o sea, por los señalados en el Auto de Formal Prisión , y al llegar a esta etapa es cuando el juez al analizar todos y cada uno de los elementos que conforman la instrucción, debe llevar a la práctica el principio constitucional establecido en el artículo 23: "...nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito" entre otros, por lo que el dictar sentencia sobre el procesado, por lo regular hace un razonamiento en el que subsume un delito en otro, resultado de la concurrencia aparente de normas, pero únicamente con el fundamento de que uno o más son

medios comisivos de otro u otros, y sin que en nuestra legislación jurídica obren elementos prácticos a fin de citarlos y tener herramienta legal real para la resolución del conflicto aparente de normas que se presenta, haciendo el resolutor acopio de toda su experiencia jurídica y criterio legal, así como la sensibilidad nata que su función le ha proporcionado a fin de determinar el ilícito o ilícitos por los cuales dictara sentencia y penalidad correspondiente, por lo que se propone que se inserte en el Código Penal expresamente los principios tema de esta tesis, referidos, a fin de que en la práctica se tengan bases jurídicas reales en la resolución de las causas penales, tratando de auxiliar a los impartidores de justicia en su ya de por sí difícil tarea y logrando que esta función sea la más justa hacia el sujeto pasivo de la acción penal.

CONCLUSIONES

- 1) El tema de esta tesis: "LA NECESIDAD DE LA REGLAMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ABSORCIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y ALTERNATIVIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, CUANDO EXISTE CONCURSO APARENTE DE NORMAS", es sumamente controvertido, ya que la aceptación de la existencia de estos principios entre los tratadistas es muy diversa, sin que exista consenso general en los mismos, y que se pongan de acuerdo en como interpretarlos y sin se deben llevar a la práctica y desde luego, como llevarlos. Por lo que en la actualidad únicamente se mencionan como concepción doctrinaria sin que su contenido y significado se aproveche en la práctica penal.
- 2) No obstante lo anterior, el concurso aparente de normas tiene importancia doctrinal y práctica y en el camino de la impartición de justicia se presenta reiteradamente y lo convierte en investigador a fin de encontrar la teoría que lo auxilie a solucionar las situaciones de conflictos de normas que se presentan.
- 3) Por lo que es necesario dar realización práctica a la teoría y en estos casos fortalecer la práctica jurídica con las hipótesis y la doctrina existente al respecto, por lo que después del estudio analítico que se realizó de los principios aludidos, en esta tesis, considero que es imperativo insertarlos en nuestro código Penal, regulándolos a fin de proporcionar a el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y a el juzgador, en la impartición de justicia, elementos comunes para auxiliarlos en su difícil tarea, y asegurar a el sujeto pasivo de la acción penal una justicia equitativa, ya que los prácticos del derecho en el nivel en el que se encuentren: litigantes, procuradores o juzgadores en

la materia penal tiene la concepción de que si el tema no esta expresamente mencionado en la ley, solo tiene utilidad doctrinal.

- 4) Cuando a los penalistas se les habla de concurso, inmediatamente se refieren al concurso de delitos real o ideal. Sin que esta concepción abarque el concurso aparente de normas y ya se ha establecido en el cuerpo de esta tesis la diferencia que existe entre este concurso de delitos y el concurso aparente de normas.
- 5) Así que, cuando una conducta humana aparece a primera vista, regida por varias disposiciones penales, que de ser aplicables plantearían un concurso ideal o real de delitos, y al examinarlas más detenidamente nos damos cuenta de que es aplicable solo una de ellas, con exclusión de las demás, entonces es cuando estamos en presencia del concurso aparente de normas.
- 6) Por lo que es fundamental precisar en primer lugar, si la conducta constituye una o varias acciones. Porque a partir de ese momento se deriva ante que clase de concurso nos encontramos.
- 7) Si la conducta constituye una sola acción nos encontramos ante el concurso aparente de normas, si constituye varias estamos ante un concurso de delitos.
- 8) La premisa inicial del concurso aparente de normas se traduce en que solo debe realizarse una sola acción.

- 9) Y que esta acción caiga bajo la esfera de dos preceptos legales que la disciplinan y sancionan al mismo tiempo.
- 10) Se requiere además, que dichos principios legales se excluyan entre si, ya que no puede juzgarse dos veces el mismo delito (artículo 23 Constitucional), haciendo que las normas sean incompatibles entre sí al tutelar el mismo contenido ilícito de la acción y concurrir a encuadrar simultáneamente el mismo tipo penal de la infracción penal cometida, previéndola y sancionándola.
- 11) De no excluirse entre sí, las normas concurrentes a la acción concreta, se actualizaría el concurso ideal de delitos, por la pluralidad de estos y una misma acción.
- 12) Establecido el concurso aparente de normas se buscara cual de los principios tratados nos resuelve el problema, para aplicar la norma o ley adecuada al caso concreto.
- 13) Por lo que la doctrina señala que:
- a) El precepto especial se aplicará con preferencia al respecto general.
PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD
- b) El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible.
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

- c) El Precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquél.

PRINCIPIO DE ABSORCIÓN

- d) En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluyen a los que castigan el hecho con menor.

PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

- 14) El principio de especialidad citado, ya se encuentra regulado en el Código Penal, expresamente en el artículo 6. Que señala:

"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código, y, en su caso, las conducentes en el libro segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."

Y representa una sólida base de la que los juzgadores se auxilian para llevar a un buen término la resolución del concurso aparente de normas considerándolo algunos autores el único principio aplicable que soluciona este concurso y existiendo además acuerdo general en los tratadistas en su concepción y aplicación práctica.

- 15) De los otros principios, Absorción, Subsidiariedad y Alternatividad, aunque haya discrepancias y opiniones divergentes al respecto, en los estudiosos del derecho,

considero que la práctica jurídica debe allegarse de todos los elementos que le sean necesarios a fin de instrumentar un sistema jurídico capaz de complementar todas las posibilidades que pueden presentarse en la impartición de justicia, ya que no puede haber más que una verdad legal y si existen diferencias legales en la interpretación, valoración, clasificación, etc., de todos modos la verdad legal es una y en cada proceso no puede haber más que un solo resultado, y este debe ser, el más justo, debiendo tener tanto el procurador de justicia como el impartidor de la misma los lineamientos jurídicos necesarios para lograrlo.

- 16) En las diversas etapas que he mencionado: ejercicio de la acción penal, auto de formal prisión, proceso y sentencia, se hace necesario legislar al respecto, como ya se ha realizado con el principio de especialidad (art. 6to. del Código Penal del Distrito Federal), a fin de proporcionar a el sistema jurídico imperante normas que ayuden a la solución de las causas penales y se excluya toda posibilidad de imprecisión o aproximación, que en materia penal no es aceptable, ya que estamos juzgando a un hermano, tratando de evitar transgredir las garantías constitucionales que lo protegen y procurando la justicia ideal a el mismo.

- 17) Por lo que la práctica jurídica ha demostrado que necesita de estos principios para delinear correctamente los delitos que se le imputan a el sujeto activo de la infracción penal, dando las pautas correctas a seguir basadas en la teoría jurídica existente, y ayudando a la correcta aplicación del poder coercitivo del Estado, por lo que se enuncia la siguiente:

PROPUESTA

Que en el Código Penal del Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en el Libro Primero, Título Preliminar, se incluya un párrafo más después del artículo 6to., en donde se contempla el principio de especialidad para quedar como sigue:

ART. 6º.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

Cuando no opere el anterior principio, se aplicará el principio de subsidiariedad, absorción o consunción, o alternatividad, según proceda, cuando en el ejercicio de la acción penal, el auto de formal prisión, en el proceso o en sentencia, se actualice el concurso aparente de normas.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Bacigalupo, Enrique. "Manual de Derecho Penal". Ed. Temis, Bogotá, Colombia.
- Campos, Alberto A. "Derecho Penal" 2ª edición. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Castellanos, Fernando. "Lineamientos del Derecho Penal". 4ª edición. Ed. Porrúa, México 1967.
- Cortés Ibarra, Miguel Ángel "Derecho Penal". 3ª edición Ed. Cárdenas. Editor y distribuidor., México D.F.
- Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal", 18ª edición Ed. Bosch., Barcelona.
- De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho". 11ª edición. Ed. Porrúa., México. 1983.
- Fernández Alatorre, José de Jesús. "Compendio de Aportaciones Jurídicas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal". Publicación especial anuales de jurisprudencia y boletín judicial. México D.F.
- Fernández Carrasquilla, Juan. "Derecho Penal Fundamental". 2ª edición. Ed. Temis. Bogotá Colombia. 1989.
- Ferreira D. Francisco José. "Teoría General del Delito". Ed. Temis S.A.. 1988.

- Fontan Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal". 2ª edición, Ed. Abeledo-Perrot., Buenos Aires.
- González Quintanilla, José Arturo. "Derecho Penal Mexicano". Ed. Porrúa S.A., México 1991.
- Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el Delito". 12ª edición. Ed. Sudamericana. Buenos Aires.
- Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". 2ª edición. Ed. Porrúa. México. 1977.
- López Betancourt, Eduardo. "Introducción al Derecho Penal" 2ª edición. Ed. Porrúa. S.A. México 1994.
- Mezger, Edmund. "Derecho Penal". 3ª edición. Ed. Cárdenas editor y distribuidor. México, D. F.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". 2ª edición. Ed. Porrúa. México 1967.
- Pérez, Luis Carlos. "Derecho Penal". Ed. Temis. Bogotá Colombia 1989.
- Porte Petit, Candaudap, Celestino. Apuntamiento de La Parte General De Derecho Penal". 7ª edición. Ed. Porrúa. México. 1982.
- Reyes Echandía, Alfonso. "Derecho Penal". 11ª edición. Ed. Temis. Bogotá Colombia. 1990.

- Sauer, Guillermo. "Derecho Penal". 4ª edición Ed. Bosch. Barcelona, España. 1989
- Villalobos, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano". 5ª edición. Ed. Porrúa. México D.F.

Legislación:

- Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. 99ª y 102 edición. Ed. Porrúa. México.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y Para toda La República en Materia de Fuero Federal. Edición. pac. México 1994. Legislación Penal Procesal. Ed. Sista. México 1993.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Edición pac. México 1995. Legislación Penal Procesal. Ed. Sista. México 1994.
- Código Federal de Procedimientos para el Distrito Federal, Edición pac. México 1995. Legislación Penal Procesal. Ed. Sista. México 1994.
- Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Edición pac. México 1995. Legislación Penal Procesal. Ed. Sista. México 1994.