

281
Lij



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

CONCURSOS APARENTE Y REAL DE TIPOS
PENALES "TRASCENDENCIA PRACTICA"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A :
JOSE ULISES PEREZ MARTINEZ



ACATLAN, EDO. DE MEXICO.
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1997



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.

DEDICO LA PRESENTE TESIS PORSUPUESTO A MIS PADRES, HERMANOS Y DEMÁS FAMILIARES QUE CON SU APOYO, CONSEJOS Y ESTÍMULO, HAN CONTRIBUIDO EN LA CULMINACIÓN NO SOLO DE LA PRESENTE TESIS, SINO DE LA TOTALIDAD DE LA CARRERA UNIVERSITARIA, SEMBRANDO EN UN SERVIDOR LA SEMILLA DE LA SUPERACIÓN, A ELLOS CON TODO MI AGRADECIMIENTO.

DE IGUAL FORMA DEDICO EL PRESENTE TRABAJO, A MIS AMIGOS, COMPAÑEROS Y EN GENERAL A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUERIDAS Y ESTIMADAS, QUE HAN ESTADO EN TODO MOMENTO A MI LADO EN SU REALIZACIÓN.

ASIMISMO, AL GRUPO DE PROFESORES DE LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN", POR SU ESMERADO ESFUERZO EN MI FORMACIÓN PROFESIONAL, Y A ESTA GRAN CASA DE ESTUDIOS QUE ES LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

JOSE ULISES PÉREZ MARTÍNEZ
OCTUBRE DE 1997

INDICE

INTRODUCCIÓN:	1
CAPITULO I.- CONCURSO DE NORMAS Y SU TRASCENDENCIA JURÍDICA.	5
1.1.- Conceptualización.	6
1.2.- Hipótesis en las que se actualizan.	16
1.3.- Trascendencia jurídica.	19
CAPITULO II.- CONCURSO APARENTE DE NORMAS.	22
2.1.- Presupuestos de existencia.	23
2.2.- Principios aplicables.	30
CAPITULO III.- CONCURSO DE TIPOS PENALES.	53
3.1.- Concurso Real	55
3.2.- Concurso Ideal	67
CAPITULO IV.- PRINCIPIOS QUE DETERMINAN LA ACTUALIZACIÓN DE CONCURSOS APARENTES O REALES.	81
4.1.- Conceptos básicos.	82
a).- Conducta.	82
b).- Clasificación de delitos.	86
4.2.- Principios aplicables.	97
De acuerdo a la conducta.	97
CONCLUSIONES.	101
BIBLIOGRAFÍA.	104

INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo de tesis, realizaremos un estudio relativo a la concurrencia de normas, no omito advertir que el análisis de mérito versará única y exclusivamente sobre los concursos de tipos penales, tomando como base de investigación el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Por lo antes indicado, se analizaran las figuras jurídicas de concurso aparente de tipos penales y la de concurso real de tipos penales, en pero, como cada de una de ellas se regula por principios distintos, el análisis se realizará separadamente.

El objetivo esencial que se pretende alcanzar con este trabajo, es el de esclarecer los problemas que se suscitan al momento de aplicar la ley penal, en los casos en los que dos o más tipos penales regulan una misma conducta, es decir, analizaremos todos los lineamientos jurídicos y principios teóricos observables para determinar en que casos es factible que dos o más tipos penales se apliquen a un caso particular (concurso real de delitos) y, cuando, una sola de las normas concurrentes excluye la aplicación de las demás (concurso aparente de delitos).

Para lograr los objetivos antes planteados, en el primero de nuestros capítulos, analizaremos la figura jurídica denominada concurso de normas, precisando su conceptualización, las hipótesis que se deben actualizar para su existencia y su trascendencia jurídica.

En esta parte de nuestra investigación, a efecto de que se tenga una visión clara de la importancia de la teoría de los concursos, mencionaremos las diversas clases de normas que pueden dar origen a conflictos de leyes, pero, como se dijo anteriormente, nuestra investigación se enfocará primordialmente a los concursos de tipos penales.

Asimismo y como tema central de la presente tesis, se destinará el segundo capítulo para analizar la figura del concurso aparente de tipos penales, sus presupuestos de existencia, los principios aplicables para resolver los problemas derivados de la apariencia de concurso, así como también se expresarán algunas reflexiones a propósito de esta figura en cuanto a su regulación o mención en nuestro Código Penal.

En cuanto a los principios aplicables en los concursos aparentes de tipos penales, realizaremos un análisis crítico de los de especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y alternatividad,

precisando sus características y peculiaridades de cada uno de ellos.

En lo referente al concurso real de tipos penales, en el tercero de nuestros capítulos, analizaremos las dos especies en que se subdivide, es decir, el concurso real estricto sensu y el concurso ideal, precisando la forma en como son regulados por el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal y asimismo, llevaremos a cabo un estudio teórico de los mismos.

En el último de nuestros capítulos, retomaremos el análisis de las dos figuras jurídicas sujetas a estudio, es decir, los concursos reales y aparentes de tipos penales, ello con el objetivo de precisar los principios aplicables para determinar los casos en los que nos encontramos ante una u otra de dichas figuras jurídicas.

Para alcanzar el objetivo antes planteado, se hará un análisis de los tipos penales, ello a nivel de la conducta, y siempre teniendo como base la teoría finalista de la acción, para determinar que, si partiendo de los conceptos desarrollados por esta teoría, se puede resolver más fácilmente el problema derivado de la actualización de un conflicto de tipos penales, para decidir si se esta ante un conco real o uno aparente de tipos penales.

Este trabajo de tesis, pienso, será de gran utilidad e interés, puesto que el tema de la concurrencia de normas ha sido en nuestra legislación de los más controvertidos, además que en el mismo se presentan diversas teorías y principios que los estudiosos del derecho han implementado con el afán de proporcionar un poco de luz al tema; herramientas con las cuales, aunadas a un sano criterio jurídico, harían que el interprete de la norma penal y esencialmente el juzgador, al momento de realizar el juicio de tipicidad, lo lleve a cabo de manera mas certera y justa.

CAPÍTULO I

CONCURSO DE NORMAS Y SU TRASCENDENCIA JURÍDICA.

*"Pero si es una ley que el filósofo quiere decir,
¿qué importa si una forma tan misteriosa?"
Hans Reichenbach.*

1.1.- CONCEPTUALIZACIÓN.-

En el presente trabajo de tesis analizaremos diversos tópicos relacionados con la figura jurídica denominada concurso de normas, pero única y exclusivamente en lo referente a la concurrencia de tipos penales, con el objetivo de que esta investigación sirva de herramienta para esclarecer los diversos problemas que se suscitan en los casos en los que dos o más normas regulan un caso concreto.

Para adentrarnos en el tema de nuestra investigación, en este capítulo procederemos a conceptualizar la figura jurídica denominada concurso de normas, destacando primero que nada su importancia en el momento de realizar el juicio de tipicidad.

El problema de la aplicación de la ley penal como sabemos, se encuentra íntimamente vinculado con el de concurrencia de normas jurídicas, en virtud de que al momento de

realizar la declaración del derecho, se debe determinar que norma particular rige el hecho enjuiciado.

Es por ello que al momento de que varias normas vienen en concurrencia a disciplinar el mismo supuesto de hecho, se le plantea al interprete de la ley, la tarea esencial de eliminar de aquel material normativo que se pone a su disposición, una de esas normas que provocan el conflicto de concurrencia o bien, determinar la aplicación de varias de ellas, como en el caso del concurso ideal de delitos.

Pues bien, de lo antes indicado, se deriva la naturaleza de los concursos de leyes, en virtud de que se actualizara esta figura jurídica cuando una misma situación de hecho, es regida simultáneamente por dos o más disposiciones legales, siendo que en algunos casos la relación que media entre ellas hace que la aplicación de una determina la inaplicabilidad de la otra (concurso aparente de normas), mientras que en otros casos, se deben aplicar al mismo tiempo dos o mas de esas normas (concurso real de normas).

Los concursos de normas se pueden actualizar en los siguientes casos:

“a) Al existir la concurrencia de normas compatibles, en la cual se presenta el concurso de delitos que origina la acumulación, y

b) La concurrencia de normas incompatibles, en la 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”.¹

De lo anterior se desprende que en tales casos, estaremos en presencia ya sea de un concurso real, ideal, o de un concurso aparente de tipos penales, punto de partida para el desarrollo de la presente tesis.

El concurso de normas en forma general, como se ha constatado, es el fenómeno por medio del cual una o varias conductas se ven tipificadas por dos o más disposiciones legales, vigentes en un mismo lugar y tiempo. Por lo que, en tratándose de concurso de normas de la parte especial del Código Penal (concurso de tipos penales), se debe entender que es el fenómeno por medio del cual una o varias conductas, tipificadas por la ley penal como delitos, encuadran en dos o más tipos penales, vigentes en un

¹ Ver, PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Concurso aparente de normas, cuarta edición, Editorial Porrúa hermanos S.A., México, 1994, p. 27

mismo lugar y tiempo, con la salvedad de que se trate del llamado concurso aparente de normas, figura que será objeto de análisis posteriormente.

Por otra parte, a través de la doctrina, emanan los presupuestos, como los ha denominado el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, sin los cuales, afirma, resulta imposible siquiera plantear la existencia de algún concurso de normas, los cuales en resumen son los siguientes:

“ **a)** El llamado concurso de leyes, requiere de una conducta o hecho que recaen bajo el supuesto abstracto de varios preceptos penales, dicha concurrencia de normas implica una contemporánea validez de las mismas, por cuanto todas ellas tienen obligatoriedad en un momento determinado, en un idéntico ámbito temporal de aplicación. Si no existe coexistencia temporal entre las normas podría producirse un conflicto de sucesiones de leyes en el tiempo, conflicto que resulta fundamentalmente distinto al fenómeno que en estos momentos estudiamos.

b) El fenómeno en comento, supone que las normas concurrentes tienen idéntica validez temporal, por cuanto son obligatorias y por ello aplicables en un mismo territorio, precisamente

aquel en que se produce la conducta o hecho que se pretende regular; entre ellas existe idéntico ámbito espacial de aplicación.

c) De igual manera, siendo el concurso aparente de normas substancialmente un conflicto, éste presupone que las normas concurrentes regulan la misma conducta de hecho, es decir que comprenden normativamente el hecho con independencia de su diversa estructura." ²

El aplicador de la ley, debe en cada caso considerado, establecer previamente a la elección de la norma o normas aplicables, si se reúnen o no los presupuestos antes aludidos, ya que la ausencia de estos, implicaría la imposibilidad de pensar en la existencia del concurso de normas; puesto que si no hay validez contemporánea entre las posibles normas aplicables podrá darse un problema de sucesión de leyes en el tiempo, que se resolvería mediante la aplicación de una de ellas con exclusión de las otras, pero no de un concurso de tipos penales; igualmente si no hay validez espacial, por no existir obligatoriedad de todas en el mismo territorio, podrá hablarse de un conflicto entre normas en el espacio, el cual puede originar la extraterritorialidad de una de ellas, pero nunca una concurrencia de normas; un auténtico conflicto de

² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Concurso aparente de normas. Op. cit. pp. 56 a 58.

normas, precisa de una coexistencia disciplinante, pues de no existir la posibilidad de que disciplinen normativamente la misma conducta o hecho, no habrá manera de plantear siquiera el concurso de tipos penales, ni siquiera el concurso aparente de los mismos.

Asimismo, analizaremos desglosadamente en estos momentos, algunos conceptos que serán de suma importancia en el desarrollo de la presente tesis, los cuales serán ampliados en su momento, y que a saber son los siguientes:

CONCURSO DE DELITOS: Éste se produce cuando a una persona se le llama a responder de varias violaciones de la ley penal, sin embargo, además es necesario que las respectivas figuras tengan aplicación al mismo tiempo de manera autónoma

NORMA JURÍDICA: "Regla de conducta, precepto, ley, criterio o patrón".³

DELITO: Son varias las definiciones que tanto en la doctrina como en algunos códigos penales se ha dado al delito,

³ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires Argentina 1978, p. 280.

algunos entienden por tal el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal; Sin embargo otros lo define como una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta, por lo cual sus elementos sustantivos son: la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura. Sin embargo, la corriente imperante lo denomina como una conducta típica, antijurídica y culpable.

Por su parte el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, nos señala que:

Artículo 7.- "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"⁴.

TIPO PENAL: Para el desarrollo del presente trabajo de tesis, el concepto de tipo penal es de fundamental importancia, amén de que el mismo se enfocará a la concurrencia de tipos penales; por lo que en seguida señalaremos la definición, que a mi

⁴ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, primera edición, Greca Editores, México, 1997, p. 32

parecer es la más adecuada, y es la siguiente: "Es un instrumento legal necesario, de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas. Las características de un tipo penal son las siguientes:

a).- Es en la ley donde hallamos los tipos penales, en la parte especial del Código Penal y en las leyes especiales.

b).- El tipo es lógicamente necesario, porque sin él no podríamos averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta, que en la mayoría de lo casos resultaría sin relevancia penal por ser una conducta atípica.

c).- El tipo es predominantemente descriptivo, amén de que sus elementos descriptivos son importantes para individualizar una conducta, y entre ellos, de especial significación resulta el verbo, que es precisamente la palabra para connotar una acción".⁵

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal parte general, segunda reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994, p. 391.

Una vez que conocemos los anteriores conceptos, los cuales como se pudo apreciar son de suma importancia en el desarrollo del presente estudio, podemos iniciar a fondo la investigación que nos ocupa, teniendo de tal forma un panorama más amplio, para poder comprender y manejar, las situaciones en las que se presenta la llamada concurrencia de normas jurídicas.

Es indudable, que en ocasiones un delito puede ser cometido por varias personas, también sucede, a veces, que una o varias personas cometen con una o varias acciones, dos o más delitos que son valorados conjuntamente en un mismo proceso. Partiendo del principio de que una conducta sólo puede dar lugar a un delito y de que a cada delito corresponde una pena, se explica el distinto tratamiento que se reserva al caso en que con una sola conducta se incurre en dos o más tipicidades (concurso ideal), distinto al supuesto en que el juez, en el mismo acto, debe juzgar varias conductas que son típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real).

Por lo que en el mismo orden de ideas, en nuestra legislación, desafortunadamente, no se precisa el supuesto en el que realmente no hay una concurrencia de normas en una misma conducta, sino que la concurrencia es solo aparente, dando nacimiento al llamado concurso, en el caso de la presente tesis, aparente de tipos penales, figura que será analizada ampliamente

más adelante. De lo anterior, se desprende que habiendo una conducta delictiva puede haber un concurso ideal (ser típica de varios tipos penales), o bien puede suceder que eso no ocurra, porque la concurrencia de tipos, en este caso, no pase de ser una mera apariencia (concurso aparente de tipos o también llamado concurso ideal impropio); por otra parte habiendo varias conductas sólo puede haber concurso real, pero bien puede suceder que la pluralidad de conductas sea aparente, porque en realidad se trate sólo de una reiteración que sigue configurando una única conducta, sólo que con un mayor contenido de injusto, como en el caso del llamado delito continuado o concurso real impropio; de ahí deviene la complejidad del tema que nos ocupa, por lo que para un mejor estudio del mismo, es necesaria su delimitación de la siguiente manera

Para efectos de su ubicación, el concurso no debe confundirse con la reincidencia, ya que ésta requiere de la comisión de un nuevo delito luego de una condena por sentencia firme, mientras que el concurso, exige, precisamente que no medie aquel requisito.

Asimismo, tampoco debe confundirse con figuras que lejos de evidenciar una concurrencia de tipos penales, únicamente dejan ver prolongaciones de la conducta típica a estudio, como es el caso del delito progresivo.

1.2.- HIPÓTESIS EN LAS QUE SE ACTUALIZAN.-

Tratándose de una cuestión que nos lleva a determinar cuándo hay un delito, y cuándo una pluralidad de delitos, los juristas afirman que se trata de una cuestión que pertenece por esencia a la teoría del delito, señalando además, que el concurso de delitos constituye un puente de paso entre la doctrina del delito y de la pena.

De tal manera que tradicionalmente el concurso de delitos se estructura para su estudio en concurso ideal y concurso real, considerados en nuestra legislación vigente, en cuanto a la integración de ambos, en el artículo 18 y en cuanto al tratamiento legal de los mismos en el artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal. Sin embargo, bajo la denominación concurso de delitos se incluyen distintos supuestos, algunos carentes de regulación legal que van más allá de la tradicional división entre concurso real y concurso ideal que, prácticamente, sólo se refieren a los casos de pluralidad de acciones y de delitos (concurso real) y de unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal). Junto a ellos, existen otros de pluralidad de acciones y unidad de delito (delito continuado y delito masa) y de

pluralidad de acciones y de delitos, pero tratada como si de concurso ideal se tratase (concurso ideal impropio). Punto de partida de todos estos supuestos es el concepto de unidad de acción y de delito, el cual será objeto de estudio en capítulo subsecuente.

Zaffaroni, señala que sintéticamente planteada, la total problemática del concurso, sería la siguiente:

“1.- Pueden concurrir en una única conducta varios tipos (leyes), lo que se llama concurrencia ideal o de leyes; tiene por efecto que la pena del tipo más grave absorba (contenga) a las de los tipos más leves.

2.- Pueden concurrir en un único pronunciamiento condenatorio judicial varias conductas (delitos), lo que se llama concurrencia real o de delitos; tiene por efecto que la pena del mínimo mayor sea asperjada con las restantes (se agrave).

3.- En el concurso ideal hay que cuidar que la concurrencia de tipos sea efectiva, pues puede darse un concurrencia aparente de tipos o de leyes.

4.- En el concurso real, hay que cuidar que se trate efectivamente de una pluralidad de conductas, pues puede darse una reiteración que sólo aumente el contenido injusto del delito (delito continuado)."⁶

Por su parte, como ya se mencionó para Pavón Vasconcelos la concurrencia de normas jurídicas comprende la concurrencia de normas compatibles y la concurrencia de normas incompatibles, ello en cuanto a su delimitación.

Lo cierto es que sin tratar de desvirtuar los principios antes mencionados, los cuales resultan de gran acierto, en realidad existe una gran variedad de presupuestos de existencia en cuanto a concursos de delitos se trata, y aún cuando nuestra legislación intenta delimitar estos casos, no aporta las Herramientas necesarias para hacerlo, toda vez que no basta con plasmar el tratamiento que se deberá dar a los casos en los que al concurrir varios delitos, y según el número de conductas realizadas proceda (concurso real o ideal). Existen casos en los que es necesaria una valoración jurídica de fondo y un estudio pormenorizado en cuanto a los elementos del tipo penal, para determinar si esos ilícitos concurrentes pueden llegar a tener aplicación conforme a los artículos antes mencionados

⁶ Ibidem, Tomo IV, p. 516

o en su defecto sólo se les considerará dentro de una simple apariencia de concurso.

1.3.- TRASCENDENCIA JURÍDICA.

Por lo que se refiere al presente tema, la trascendencia jurídica que evidencia es de gran importancia, pues basta con dar un vistazo a la actividad diaria de los órganos encargados tanto de la procuración como de la administración de justicia en nuestro país, para percatarnos de los grandes conflictos en que se enfrasca el juzgador al encontrarse ante el dilema que implica un concurso de normas penales, ello en cuanto a su actualización y pena correspondiente, problema que si bien es cierto, lo enfrenta el juzgador al momento de emitir su resolución final, también lo es, que tal actividad repercute directamente en la persona que se encuentra privada de su libertad o al menos sujeta a un procedimiento, esto en razón de que una desatinada decisión implicaría el incremento injusto en la penalidad correspondiente al agente, trayendo como consecuencia un perjuicio tanto en su libertad personal, como en el patrimonio del sujeto y su familia.

Es por ello, que la trascendencia jurídica de nuestro tema es de indiscutible importancia, de tal suerte, que es necesario

determinar en un caso concreto si nos encontramos en presencia de un concurso real, ideal, de un concurso aparente, o en su caso, del delito continuado, por lo que en nuestro derecho positivo mexicano son indispensables principios definitivos y concretos que faciliten dicha actividad sin dejarla en la incertidumbre, ante la gran variedad de principios, de los cuales algunos, por su propia estructura resultan inaplicables dentro de nuestra legislación.

Este problema se ve acrecentado, por la situación de que en nuestra legislación penal, concretamente en el ámbito de la dogmática jurídica, no se encuentran contenidas disposiciones que aporten claridad al respecto, sino que la teoría ha intentado a través de los tiempos (sin mucho éxito) proporcionar reglas o principios auxiliares, tendientes a determinar cuándo nos encontramos en presencia de un concurso de norma y cuándo nos encontramos sólo con una mera apariencia de concurso, reglas que no han hecho otra cosa que confundir aún más, ya que existe una gran variedad de éstas, y algunas de ellas en realidad resultan inaplicables. Además, esta situación nos pone en gran desventaja a lado de países como Alemania, en donde los diversos ordenamientos jurídicos ofrecen de modo explícito o implícito criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso concreto, este conflicto pues, no existiría en nuestro país si el ordenamiento jurídico ofreciese reglas para resolverlo, pero desgraciadamente no es así.

Sin lugar a dudas, la trascendencia jurídica del concurso de delitos, repercute directamente en la pena, la cual será acrecentada o disminuida según se actualice o no una concurrencia de tipicidades, toda vez que por ejemplo y en tratándose de concurso ideal, como lo marca la ley únicamente se le condenará al delincuente a la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, resultando en cierta manera una penalidad favorable; distinto al tratamiento que se sigue al actualizarse un concurso real, como ejemplo, el caso en el que al concurrir un solo delito grave, así calificado por la ley, se deberán sumar la totalidad de las penalidades correspondientes a cada delito por lo que resulta una penalidad muy abultada; es por ello que la concurrencia de tipos penales, revela gran trascendencia jurídica y social, para un estado de derecho requerido por nuestra sociedad actual.

CAPÍTULO II

CONCURSO APARENTE DE NORMAS.

2.1.- PRESUPUESTOS DE EXISTENCIA.

Antes de entrar al estudio del presente capítulo, es necesario advertir que en cuanto al concurso aparente de normas, se han propuesto múltiples definiciones. coincidiendo la mayoría en que el concurso aparente de leyes 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.

En atención a lo anteriormente expuesto, se pone de relieve la incompatibilidad de las normas en conflicto que impide su aplicación simultánea al caso en concreto, por ser aplicable sólo una, con exclusión de las demás, lo que nos revela que la concurrencia de normas no genera, en todos los casos, un efectivo y real concurso de ellas, sino que en algunos casos, la concurrencia de normas da lugar a un concurso aparente, en el presente caso de tipos penales.

Raúl Eugenio Zaffaroni se adhiere al criterio, al referir que la concurrencia impropia o aparente de leyes se da "cuando de varias leyes que se encuentran sobre una y la misma acción, deba excluirse la aplicación de todas las que excedan de una, mediante reglas científicas de interpretación"⁷; por su parte, Zaffaroni citando al maestro Cuello Calón, en lo referente al tema que nos ocupa, éste señala que "el concurso de leyes existe cuando a una y misma acción son aplicables dos o más preceptos penales que se excluyen entre sí recíprocamente"⁸. Entre los autores mexicanos, como señala el mismo autor, Porte Petit considera existente el llamado concurso aparente de normas "cuando una materia se encuentra disciplinada por dos o mas normas incompatibles entre sí".⁹

En realidad, cualquier definición sobre el concurso aparente de normas ha de referirse fundamentalmente al hecho de la pretensión normativa del caso concreto, por una pluralidad de disposiciones legales, y al fenómeno de su exclusión prevaleciendo una de ellas sobre las demás; es por ello, que cotidianamente se afirma la existencia de un concurso aparente, cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas vigentes en un mismo lugar y tiempo, de tal suerte que el problema del jurista

⁷ *Ibidem*, pp. 49.

⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁹ *Ibidem*, p. 51.

consistirá en dilucidar cuál norma debe aplicarse con exclusión de las demás.

El conflicto que caracteriza al concurso aparente de delitos nace de que las normas por su especial naturaleza incompatible, se excluyan entre sí, es decir que en el caso concreto, aún cuando exista entre ellas cierta coexistencia, una habrá de aplicarse con exclusión de las demás. De tal suerte, que las normas no pueden aplicarse simultáneamente, pues ello originaría un concurso ideal de delitos, pues como ya se dijo, precisamente lo que caracteriza al también llamado concurso impropio, es el que las normas deben repelerse mutuamente, excluyéndose unas a las otras.

El Licenciado Luis de la Barreda Solórzano, al respecto hace el siguiente comentario:

"El concurso aparente de normas es uno de los pseudoproblemas que gravan la ciencia del derecho penal... Los juristas se han planteado el problema a partir de un suceso que parece encuadrar en una pluralidad de disposiciones legales, de las cuales una prevalece -se aplica- con exclusión de las demás. En otros términos, se trata de dos o más normas que vigentes en un mismo espacio y en un mismo tiempo, parecen "disputarse" la

solución -regulación-, en un momento dado, de un caso concreto, hipótesis en la que en la que ha lugar a decidir qué norma ha de aplicarse con exclusión de las demás".¹⁰

Como lo menciona Luis de la Barreda, es evidente que la figura a estudio, ha representado un verdadero problema para los juristas, ello en cuanto a los criterios que se deben seguir para determinar cuando una norma debe prevalecer sobre las otras; sin embargo como señala al respecto Zaffaroni "el concurso aparente de tipos, se resuelve a partir de la interpretación de los tipos en particular"¹¹. En si, la problemática de la concurrencia impropia como algunos autores la llaman, se compone de una serie de reglas que se aplican para interpretar el contenido de los tipos o mejor su alcance; de hecho en algunas legislaciones se enuncian principios generales a su respecto en la parte general del Código Penal, cosa que no ha hecho nuestra legislación.

Asimismo, el comentario antes citado, lamentablemente, representa la realidad de nuestro estado de derecho, al no existir

¹⁰ Revista mexicana de derecho penal, PGJDF, quinta época, número 6, julio-diciembre de 1979, México, Distrito Federal., Concurso aparente de normas, por el Lic. Luis de la Barreda Solórzano.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal, parte general, Op. cit. Tomo IV p. 558

una normatividad adecuada al respecto, dejando una enorme laguna interpretativa.

Lo que a todas luces resulta claro, es tanto la evidente existencia del llamado concurso aparente de normas como la necesidad de regulación de éste, incluso se registran variadas similitudes en cuanto a su definición que han dado los estudiosos del derecho.

Evidente es que tratándose del concurso aparente de normas, nos encontramos, distinto a lo que se pudiera pensar, frente a una figura de especial complejidad, amén de que el aplicador y por ello intérprete de la ley, debe tomar en cuenta diversos factores antes de decidir cual de las normas puestas a su consideración es la que prevalecerá sobre las restantes; precisamente de ahí surge la estructura principal del concurso aparente de tipos penales.

Ahora bien, como ya antes se había mencionado el concurso aparente de normas no es un fenómeno exclusivo del derecho penal, puesto que puede referirse a cualquier rama del derecho positivo, como el caso del derecho civil; incluso en el caso del derecho penal positivo, el concurso aparente, no se limita a las normas que crean tipos penales, puesto que puede haber confrontación entre normas que disciplinen circunstancias del delito,

causas de justificación, causas de extinción, etc.; esto a pesar de que la atención de la doctrina y de la jurisprudencia, se ha concentrado preferentemente en las normas incriminatorias.

Al respecto los autores enumeran las diversas clases de normas en que se presenta el concurso aparente, haciendo la aclaración que los siguientes tipos de normas, no son exclusivos del concurso aparente de tipos penales, puesto que también se pueden presentar estos conflictos, dentro de los concursos reales de tipos, siendo las siguientes:

"a).- Entre normas de la Parte General del Código Penal.

"b).- Entre normas de la Parte Especial.

"c).- Entre normas de la parte general y especial del Código Penal.

"d).- Entre normas del Código Penal y una ley especial, respecto a problemas de la parte General o Especial.

"e).- Entre normas de una ley especial".¹²

Por su parte, el maestro Pavón Vasconcelos en un criterio bastante concordante al anterior, señala que la concurrencia de normas incompatibles se puede producir:

"a) Dentro de las normas penales comprendidas en el Código Penal, o sea, entre dos o más artículos de ese ordenamiento;

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

Dentro de las normas citadas en el inciso a), cabe destacar las siguientes hipótesis:

a') Entre tipos penales;

¹² PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Apuntes de la parte general de derecho penal, Tomo I, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969, p. 222.

b') Entre una norma de la parte general y otra de la parte especial del Código; y

c') Entre normas de la parte general."¹³

Siendo estos, los principales presupuestos de existencia del concurso aparente de normas, es necesario conocer y analizar los famosos principios que para resolver el conflicto entre dos o más normas incompatibles y en consecuencia determinar cuál de ellas es la aplicable con exclusión de las demás, ha elaborado la doctrina penal, siendo algunos de estos acertados, aunque algunos otros, en realidad resulten confusos; tales principios son los siguientes:

2.2.- PRINCIPIOS APLICABLES.

La aplicación de principios en los casos de concurrencia de normas, incluso para los estudiosos del derecho, resultan de especial disputa y desacuerdo, ya que no todos los autores aceptan la aplicación de ciertos principios, que para algunos, resultan erróneos, proponiendo o adhiriéndose a los que consideran de mayor aplicabilidad.

¹³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Concurso aparente de normas, Oj. cit. p. 61.

Por ejemplo, Zaffaroni señala que "La concurrencia impropia o aparente de tipos se despeja acudiendo a tres principios fundamentales, que son los aceptados por la mayoría de los autores: especialidad, subsidiaridad y consunción. La tradición agregaba a estos tres principios un cuarto, llamado de alternatividad..."¹⁴; por su parte, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, de igual manera contempla la misma cantidad de principios, mientras que el licenciado Luis de la Barreda Solórzano, además de los anteriores expone el suyo propio, basado en una definición estructural de los tipos legales, señalando en forma de crítica hacia los demás principios que "...las páginas que se han escrito sobre los mencionados principios son múltiples y frecuentemente enmarañadas (son un producto por hacer sintéticamente menos obscuro el problema), ello no obsta, no deja de ser difícil entender lo que los juristas han querido decir con sus planteamientos, y porque lo han hecho con tanta obscuridad..."¹⁵

En efecto, hay autores para quienes únicamente es admisible la operancia del principio de la especialidad, mientras que otros admiten el funcionamiento de solo dos de los principios, el de especialidad y el de subsidiaridad, siendo estos los principios que con más simpatizantes cuenta, aunados al de consunción.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal parte general, Op. cit. Tomo IV p. 560

¹⁵ Revista mexicana de derecho penal, PGJDF, Op. cit. p.33

por lo que a continuación, analizaremos los antes mencionados principios, que son de los de mayor aceptación entre los teóricos y estudiosos del derecho, siendo los siguientes:

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Principio *lex specialis derogat legi generali*; este principio que es uno de los más aceptados por los teóricos del derecho, sostiene la aplicación de la ley especial, sobre la ley general; luego entonces, resulta necesario determinar en que casos nos encontramos ante una ley general, y en que casos nos encontramos ante una ley especial, al respecto Mezger señala que: "... todas las características típicas del tipo general se hallan también contenidas en el tipo especial, pero éste contiene además aún otra u otras características ulteriores"¹⁶

Criterio que es aceptado por la gran mayoría de teóricos que se han ocupado del tema, resaltando de entre ellos por la contemporaneidad de sus ideas con el derecho actual, el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, el cual sostiene que "dos tipos se excluyen

¹⁶ MEZGER, Edmundo, Tratado de derecho penal, Tomo II, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, Madrid, 1957, p. 381.

en función del principio de especialidad, cuando uno de ellos abarca las mismas características que el otro y, además una característica complementaria que toma en cuenta otro punto de vista. En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto al otro, que es general"¹⁷.

De lo anterior, se observa que esta relación se da en los casos de tipos básicos y calificados, sean agravados o atenuados, ya que todo tipo calificado será especial respecto del tipo básico; esto quiere decir, que por ejemplo, en el caso concreto de que se privare de la vida a "X" persona, y el sujeto activo resultare ser familiar del occiso, digamos su hijo, nos encontraríamos en la presencia de un concurso aparente de tipos penales, entre homicidio y homicidio calificado en razón de parentesco (antes parricidio), desprendiéndose que el tipo básico sería el de homicidio y el tipo especial sería el de homicidio calificado, por lo que en base al principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), el tipo penal de homicidio calificado excluiría al de homicidio simple, al resultar éste subordinado de aquél, actualizándose en consecuencia un concurso aparente de tipos penales.

Debe observarse, que en el ejemplo del homicidio calificado en razón del parentesco, éste contiene los mismos

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal parte general, Op. cit. Tomo IV p. 561

elementos del tipo básico de homicidio, pero al mismo tiempo se forma con otras características que le da naturaleza especial en relación a la norma general.

Sin embargo, Luis de la Barreda Solórzano sostiene que la incompatibilidad de estas figuras no obedece a ninguna de las soluciones tradicionales, es decir, aplicando el principio de especialidad o cualquier otro, sino que "son otras las razones por las que no pueden concurrir los tipos legales antes citados... no tienen estos tipos legales los mismos elementos, ni el suceso que sirvió de ejemplo está comprendido en ambos tipos, ni ambos tipos contienen la violación del mismo bien jurídico, ni amparan el mismo interés"¹⁸; esto nos revela que aunque este es uno de los principios que en nuestra legislación es tanto de los más estudiados como usados, existen criterios que rechazan aún su aplicación para resolver un caso concreto de concurrencia aparente de tipos penales.

En consecuencia, es entendible que según el principio de especialidad, los tipos penales se dividan en básicos y especiales, ello en razón de que el tipo especial, contiene todas y cada una de las características mencionadas en el básico, pero con la salvedad de que en éste (tipo especial), se encuentran plasmadas ciertas

¹⁸ Revista mexicana de derecho penal, PGJDF, Op. cit. p. 41.

características especiales, entablándose por ello una relación de subordinación del tipo general respecto del especial. Desprendiéndose, de igual manera, que las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas, pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en época diversa, de tal manera que puede ser posterior tanto la ley general como la especial.

Además de la gran aceptación que ha tenido el principio a estudio, por su claridad, incluso el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, en su artículo 6 parte in fine, contempla tal principio, al señalar que: "Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general"¹⁹; disposición que creemos, debería ubicarse dentro de capítulo relativo al concurso de delitos, siendo éste una buena base, para una verdadera reglamentación al respecto.

PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN O ABSORCIÓN

Este principio ha sido confundido, por algunos, con el de especialidad, llegándose a estimar que la absorción opera en razón

¹⁹ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, Op. cit. p. 20.

de que los elementos constitutivos de las normas en conflicto permiten a una de ellas prevalecer sobre la otra, en virtud de su mayor amplitud; de ahí que se le llegue a confundir con el principio de especialidad; por ello, es necesario precisar que en la consunción el mayor alcance de la norma aplicable al fin, no radica en su amplitud descriptiva en función de los elementos especializantes que en ella se encuentran, sino en su entidad valorativa, la cual absorbe a la norma en conflicto.

De una manera bastante acertada, el maestro Jiménez de Azúa, aborda el tema señalando que: "...los casos de consunción producen también efectos eliminatorios... pero su característica estriba en que una disposición absorbe a la otra, ello se debe a que los valores que contienen no son equivalentes como en la alternatividad, ni auxiliar uno de otro como en la subsidiaridad, sino superior al de una de ellas, cuya superioridad es tan clara que al aplicar el artículo absorbente se realiza de modo completo, por la mayor importancia del tipo y de la pena..."²⁰; es por ello, que para que un bien jurídico consuma a otro, debe comprenderlo dentro de sí.

²⁰ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, Tratado de derecho penal, Tomo II, tercera edición, Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1964, p.558.

En nuestra legislación, desgraciadamente no existe ninguna disposición expresa que establezca solución a los casos de consunción, por lo que debemos entender, entonces, que la aplicación de este principio hace inevitable una valoración del hecho por parte del juzgador.

Las situaciones más comunes en las que tiene aplicación el principio a estudio son las siguientes:

"1.- Las denominadas infracciones, delitos progresivos ó también llamados hechos típicos acompañantes, casos en los que a pesar de la pluralidad de conductas delictivas, no puede hablarse de concurso de delitos, es decir, que a pesar de las diversas conductas desplegadas, estas se vinculan entre sí de tal forma que el juzgador al desempeñar su función de interpretar y aplicar la ley, subsumirá todas ellas en una sola norma; Pavón Vasconcelos, afirma que: "la existencia del delito progresivo cuando una norma que describe en forma abstracta un tipo legal contiene en sí a otro tipo, de manera que la realización de aquél no puede cumplirse sin la realización de éste... para constituir un delito progresivo, es necesario que exista entre ambas figuras, en el caso concreto, una relación de causalidad material y que la voluntad criminal sea única, de tal manera que la concurrencia de estos factores determinen la unicidad de su valoración jurídica"²¹

Tal es el supuesto de las lesiones leves que se producen por la violencia incluso, exigida en el tipo; al confrontar esta situación no de manera conceptual (como sería en el caso de la especialidad), sino material o valorativa, resulta claro que el robo con violencia o la violación, pueden cometerse sin que haya lesiones leves como consecuencia de la violencia ejercida por la persona, pero cuando las haya y no sean más que las emergentes de la violencia que se requiere en el tipo (rasguños, hematomas, excoriaciones), entonces no se trata más que del resultado de una característica que está requerida en el tipo penal que se consuma; pero por otra parte, en caso de que la violencia ejercida en la persona rebase de la estrictamente necesaria para lograr la consumación del hecho delictuoso principal, esta violencia pasará a ser punible y tipificable en la norma predeterminada por el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, en el caso concreto.

Otro ejemplo, ilustrante sería el caso en el que un sujeto al apuñalar en diversas ocasiones el cuerpo de la víctima, causa lesiones leves, graves o calificadas, esto en razón de sus consecuencias, por lo que estas últimas constituyen la etapa final al violar con mayor gravedad la ley, de tal suerte que absorberá la penalidad de las otras lesiones, excluyendo la aplicación de las normas que las contemplan.

²¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Concurso aparente de normas*, Op. cit. p. 147.

El ejemplo antes citado, nos muestra un delito *plurisubsistente*, en el que a pesar de la pluralidad de actos y de los múltiples resultados, no surge el concurso de delitos, por existir unidad en la conducta con unidad en el delito.

Asimismo, tal sucesión de actos deben realizarse dentro de la misma "unidad psicológica"²², es decir, que la pluralidad de actividades físicas del sujeto obedezcan al mismo patrón psicológico, por cuanto constituyan la expresión material de un fin concreto.

En este orden de ideas, se excluye la consunción, en los casos en que la propia ley exige la valoración separada de las conductas en conflicto, como sucede en la falsificación de documentos y el fraude, en el que el sujeto realice el primero como un medio para llegar a la consumación del segundo, tal y como lo prevé el artículo 251 del Código Penal, al señalar que:

Artículo 251.- "Si el falsario hiciere uso de los documentos u objetos que se detallan en este título, se acumularán

²² *Ibidem*, p. 151.

la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente".²³

2.- Concurrencia de normas entre un delito de peligro y un delito de lesión, considerándose que es consumida la simple puesta en peligro del bien jurídico, por la lesión del mismo.

Este caso de consunción, es de especial sencillez, al ser común el sentir de que la puesta en peligro de un bien jurídico "X", indudablemente deberá ser subsumido por la lesión del mismo, pues aunque si bien es cierto, que en ambos casos se trata del mismo bien jurídico tutelado, también lo es que al momento de lesionarse éste, la norma específica que contempla tal situación, resultará de un mayor alcance valorativo.

Al respecto, Jiménez de Azúa expresa la postura de Carrará en su libro titulado "Concurso aparente de leyes", señalando que: "...aún cuando sea verdad que una tentativa puede ser en si misma un delito punible cuando no fue seguida por la consumación, es cierto que cuando ésta la siguió, todos los actos ejecutivos que la prepararon y la facilitaron se compenentran en el delito consumado, y

²³ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, Op. cit. p.79.

queda delito único"²⁴ es por ello, que como es bien sabido, *La tentativa desaparece en la consumación.*

3.- Las conductas posteriores ó hecho posterior, que algunos lo llaman, impunes y otros copenados, sólo será impune, cuando con todo rigor pueda como tal ser considerado, es decir, que sea un verdadero acto posterior, y no una acción autónoma; pudiéndose citar como ejemplos, el supuesto de un daño en la cosa ajena, que tiene lugar después del apoderamiento de la misma.

La existencia de esta variante de consunción se verifica como hemos visto, en los casos en los que posterior al hecho punible y tipificado por la ley, el sujeto lleva a cabo conductas que pudieren considerarse como típicas de algún delito diverso, siendo no punibles éstas, por el hecho de servir o ser necesarias indefectiblemente para la existencia del delito principal.

Los dos principios antes mencionados, son los más aceptados por la teoría, constituyendo éstos una buena base para que en un futuro, en el que se alcance una mayor madurez jurídica en nuestro país, se estructure en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en

²⁴ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *tratado de derecho penal*, Op. cit. p. 559.

materia de fuero federal, reglamentación en torno a los criterios que se deben seguir en tratándose de concurso de delitos.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

En cuanto hace a este principio, su estudio por parte de los teóricos del derecho se antoja confuso, ya que algunos lo consideran como una especie de la consunción, o bien, lo vinculan con la especialidad, negándole de esta manera que tenga vida propia. Sin embargo, también hay quienes sostienen su existencia y aplicabilidad.

El principio de subsidiaridad, *lex primarias derogat legi subsidiarias*, sostiene que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un mismo bien jurídico, pero en diversos casos de punibilidad, caso en que se aplica la ley principal.

Zaffaroni, al respecto manifiesta que: "... la subsidiaridad es el fenómeno jurídico-valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad

correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad..."²⁵; lo anterior nos conlleva a determinar que existe subsidiaridad, si diferentes preceptos jurídicos tutelan el mismo bien jurídico en diferentes grados de afectación, es decir, la determinación penal subsidiaria no tiene aplicación después de la realización de la primaria, porque aquella, pese a haber tenido lugar en forma necesaria, como grado menos peligroso de afectación, queda fuera de consideración como menos significativa.

Jiménez de Azúa menciona citando a Hippel, que: hay subsidiaridad "cuando una ley sólo demanda aplicación *de modo auxiliar* en el caso de que la otra (primaria) ya se haya desechado", sigue diciendo el autor "se caracteriza, además, la subsidiaridad porque la figura subsidiaria es siempre de menos importancia, es decir, menos grave que el tipo primario".²⁶; por lo que resulta claro que la característica de la subsidiaridad es la exclusión de un tipo penal por otro, al ser inoperante, en el caso concreto, uno de ellos, y no la consunción de estos.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal, parte general, Op. cit. Tomo IV, pp. 563 y 564

²⁶ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, tratado de derecho penal, Op. cit. p. 551.

La subsidiaridad se divide en expresa y tácita, ello en atención a que se encuentre o no consignada en la ley; puesto que en el primer caso, la subsidiaridad nace en los casos en los cuales la ley expresamente determina "que sus disposiciones se aplicarán para el caso de que no resulten aplicables las de otra ley", por lo tanto, debemos pensar que una figura es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación está condicionada a que no sea de aplicación otra figura (subsidiaridad expresa); por otra parte, el ejemplo más claro de la subsidiaridad tácita o no plasmada por la ley, es cuando una figura delictiva entra en la composición de otra, pero ello como un elemento constitutivo o circunstancia agravante y no como un delito independiente.

En realidad los casos de subsidiaridad expresa son escasos y excepcionales, mientras que los de subsidiaridad tácita son más comunes, puesto que en ellos, como ya se dijo, la norma subsidiaria es elemento constitutivo de la norma principal o circunstancia agravante de la misma.

Por ejemplo, si una persona "X" viola un domicilio ajeno y se apodera sin derecho ni consentimiento de la persona que conforme a derecho puede disponer, de objetos hallados en su interior, es claro que el juez, en su momento, aplicará la norma prevista en el artículo 381 bis, el cual sanciona el robo realizado en edificio, vivienda... que este habitado, de tal suerte que excluirá de

sancionar tal conducta con la pena prevista en el artículo 285 (allanamiento de morada), en razón de que tal conducta pasa a ser parte constitutiva como circunstancia agravadora de la norma, que a fin de cuantificarla de aplicación; para mayor claridad del presente ejemplo, a continuación se señala el texto de los artículos señalados anteriormente:

“Artículo 381 bis.- Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres días a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposentos o cuarto que estén habitados o destinados para habitación...

Artículo 285.- Se impondrá de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos, al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencias de una casa habitada.”²⁷

²⁷ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal. Op. cit. p. 86.

Esta situación se revertiría, como bien lo menciona Pavón Vasconcelos al mencionar que: "... si el apoderamiento, por error, recayera en un bien de su propiedad: la inoperancia de la norma principal haría en cambio aplicable, en forma subsidiaria, el tipo penal del artículo 285 que sanciona el allanamiento de morada..."²⁸ ; ello es claro, pues al perder operancia la norma que contempla el robo, por resultar tal conducta atípica de aquél, resultaría aplicable subsidiariamente el allanamiento de morada, pues la conducta se encuadraría perfectamente a lo establecido por el artículo 285 del Código Punitivo antes señalado.

PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

Casi todos los teóricos que se han abocado al estudio de este principio, concuerdan en que es demasiado confuso además de contradictorio, resultando difícil el dar un concepto adecuado y aún más difícil llegar a su cabal entendimiento y aplicación. Por lo que en estos momentos, procedemos a dar algunos de los conceptos que

²⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Concurso aparente de normas, Op. cit. p. 174.

han venido estructurando los teóricos en cuanto a este intrincado tema.

Este principio fue desarrollado por juristas alemanes, entre ellos, Frank, Litz, Allfeld, entre otros. Carlos Binding, fue uno de los primeros que se ocupó de estudiar este principio, afirmando que: "dos leyes penales pueden tener en casos excepcionales un contenido idéntico y, en ocasiones más frecuentes, ese contenido puede coincidir en parte, sin que en esa hipótesis una de tales leyes constituya la regla y la otra se convierta por ese motivo en la excepción; cuando las normas tienen identidad parcial, los tipos se encuentran en relación de dos círculos sacantes, cuya superficie de contacto es regulada con penas determinadas, lo cual equivale a que los tipos de delito se comporten como dos círculos sacantes, de manera que si la pena a que se refieren dichas leyes es la misma, resulta indiferente aplicar una o la otra; en cambio, la diferencia de penalidad lleva al juez a aplicar la norma que contenga la sanción más severa."²⁹

Por su parte, Liszt Schmidet señala "que hay alternatividad cuando dos tipos de delito que tutelan un bien jurídico, se excluyen entre sí, en cuanto exigen caracteres contradictorios"³⁰ ;

²⁹ Ibidem, p. 177.

³⁰ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, Tratado de derecho penal, Ob. cit. p. 540.

asimismo, Jiménez de Azúa señala que: "hay alternatividad cuando los dos artículos (o leyes) se comportan como dos círculos sacantes. Lo que interesa, es definir cuál de los dos debe ser elegido para la subsunción. Los autores se pronuncian por el precepto que lleva penas más severas, fórmula que aceptamos porque ella mide la mayor importancia del bien jurídico protegido; pero si fueran iguales las sanciones impuestas, sólo por vía interpretativa puede descubrirse el mayor valor del bien jurídico tutelado. Mas no es indiferente aplicar una u otra figura, pues como observa Soler "esa diferencia... no puede confundirse con la neutralidad de los tipos, porque no se refiere a los tipos, sino a las penas que ellos acarrear"³¹.

En Argentina, Sebastián Soler admite la alternatividad encuadrada en la hipótesis de exclusividad, considerando que aquel caso existe cuando las dos figuras recíprocamente se excluyen por incompatibilidad con relación al mismo hecho, el cual solamente puede encuadrar en la una o en la otra.

Para Antón Oneca, este principio existe cuando un hecho fue considerado por el legislador desde distintos puntos de vista, y

³¹ Ibidem, p.541.

cada uno de ellos ha dado lugar a un precepto distinto, que tiene una zona común, pero que no están comprendidos el uno en el otro.³²

Calvillo afirma que "este principio establece que dos normas jurídicas pueden alternativamente ser aplicadas para regular una figura delictiva considerada desde puntos de vista diversos bajo disposiciones diversas, lo que significaría admitir la existencia de dos normas jurídicas cuya aplicación de una u otra sería indiferente"³³.

En términos generales, dice Pavón Vasconcelos "la alternatividad supone una situación de conflicto entre dos normas penales reguladoras de la misma situación de hecho, de modo que el juzgador, ante el idéntico tratamiento punitivo, está en posibilidad de aplicar cualquiera de ellas, resultando indiferente la aplicación de una o de otra".³⁴

Es necesario señalar, coincidiendo con el punto de vista del autor, que al concurrir las normas que dan origen a la relación de alternatividad, como en toda apariencia de concurso, éstas se excluyen por su incompatibilidad, pues si bien es cierto que ambas

³² ONECA, Antón, Derecho penal I, Madrid, 1949, p. 462

³³ Revista mexicana de derecho penal, PGJDF, Op. cit. p. 37.

³⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Concurso aparente de normas, Op. cit. p. 184.

regulan el mismo hecho, éste solo puede adecuarse a una u otra de las normas en conflicto, pero no a ambas, pues de lo contrario nos encontraríamos ante un auténtico concurso.

En el afán de encontrar un ejemplo que nos ilustrase en la comprensión de este complicado principio, Francisco Pavón Vasconcelos, quien ha abordado el tema de la concurrencia aparente de normas extensamente y con mayor claridad, señala el siguiente: "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: **Fraciones I.-** El que realice actos contra la independencia de la Nación Mexicana, su soberanía o la integridad de la nación; **IV.- destruya o quite dolosamente** las señales que marcan los límites del territorio nacional o haga que se confundan; **VIII.-** al que *oculte o auxilie* a los espías, etc.; ello en razón de que 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 en virtud de que la pena es idéntica y las mismas tienen autonomía entre sí"³⁵.

³⁵ Ibidem, p. 188.

OTRO PRINCIPIO.

El maestro Luis de la Barreda, sostiene la existencia de un principio, basado en la definición estructural de los tipos legales, el cual sostiene: "Funcionalmente un tipo legal es una figura elaborada por el legislador con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos. Ese contenido es reductible, por medio del análisis, a unidades lógico jurídicas que, como tales, podemos denominar elementos. Tales elementos, además de garantizar uno o más bienes jurídicos, poseen propiedades particulares que permiten organizarlos en grupos a los que podemos denominar subconjuntos del tipo legal. Estos subconjuntos hacen factible una definición estructural de los tipos legales"³⁶.

El principio o solución lógica que propone Luis de la Barreda, consiste en un desglose de elementos, asignándole a cada uno una letra como por ejemplo N= Deber jurídico penal; B= Bien jurídico; etc., de la Barreda sostiene que a través de uniones sintácticas y generalizaciones semánticas, se construye la estructura general de todos los tipos; sin embargo y sin abundar más, la

³⁶ Revista mexicana de derecho penal, PGJDF, Op. cit. p. 38.

solución de Luis de la Barreda, resulta ser incluso, tan complicada como las demás, toda vez que el derecho, y en especial el derecho penal no admite de ninguna manera interpretación semántica de las conductas expresadas en un código, sino que debe prevalecer la interpretación lógico-jurídica y el razonamiento al caso concreto.

CAPÍTULO III

CONCURSO DE TIPOS PENALES.

En el presente capítulo, nos abocaremos brevemente al estudio de los concursos de tipos penales o de normas, pues como ya hemos visto, la teoría ha proporcionado una gran variedad de denominaciones tratándose de la concurrencia de normas, ya sean compatibles o incompatibles entre sí; previamente, se ha estudiado la situación en que las normas o tipos penales concurrentes resultan incompatibles entre sí, excluyéndose unas a las otras, dando nacimiento al concurso aparente, por lo que ahora procedemos a estudiar los casos, en los que las normas o tipos penales involucrados, al momento de encontrarse en una concurrencia, estos resultan ser compatibles entre sí, es decir que no se excluyen los unos a los otros, sino que por el contrario crean diversas figuras como la acumulación o la absorción, mismas que más adelante se analizarán detalladamente.

Asimismo, se analizarán los criterios aplicables para determinar cuándo nos hayamos ante la unidad, o en su caso, la pluralidad de conductas, con la finalidad de determinar la existencia de un concurso real o ideal de tipos penales; tema que para los teóricos ha sido de gran interés y bastante más abordado que el concurso aparente de normas, pues como lo expresa la teoría "El comportamiento humano se compone de una serie continuada de

acciones y omisiones. Se plantea, por ello, la cuestión de los criterios con arreglo a los cuales cabe dividir este proceso en fases que pueden concebirse como unidad de acción o pluralidad de acción."³⁷

3.1.- CONCURSO REAL.

Éste aparece cuando el autor ha cometido varios hechos punibles independientes que son enjuiciados en el mismo proceso penal. En nuestra legislación, precisamente el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal es el que contempla la existencia del llamado concurso real de delitos, estableciendo al respecto lo siguiente:

Artículo 18:

"Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos"³⁸

³⁷ JESCHECK HANS, Heinrich, Tratado de derecho penal parte general, cuarta edición, Editorial Comarés, Granada España, 1993, p. 995.

³⁸ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal. Op. cit. p. 23.

Como podemos observar, el concurso real de delitos radica en la existencia de una pluralidad de conductas independientes, infringiendo con éstas varias disposiciones legales (tipos penales), provocando en consecuencia varios delitos. Los autores concuerdan en que el punto de partida de la teoría del concurso, es la distinción de unidad de acción y pluralidad de acciones, pues en ellas se basa la diferenciación de las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 64 de nuestro Código Penal.

La pluralidad de acciones según la teoría es "toda multiplicidad de acciones que no están enlazadas en una unidad ni por la abrazadera del nexo de continuidad ni por la parcial coincidencia de características del tipo"³⁹; es decir, que se debe tratar de acciones independientes una de la otra, puesto que si existiere continuidad en ellas se podría tratar de un concurso ideal y no real de delitos, y de existir una coincidencia de características en los tipos, bien se podría tratar de un concurso aparente de normas.

Asimismo, la naturaleza de este tipo de concursos radica esencialmente en la existencia de una pluralidad de conductas independientes, esto es, que todas y cada una de ellas, en lo individual, agoten por sí mismas los elementos del tipo penal

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal parte general, Op. cit. Tomo IV, p. 461

requeridos por cada precepto legal, de tal forma que exista la posibilidad de que todos los tipos penales que se hayan actualizado sean juzgados conjuntamente.

De lo anteriormente expuesto, de quedar claro que son dos los presupuestos del concurso real; el primero, consistente en la concurrencia de una pluralidad de acciones y el segundo, consistente en la posibilidad de su enjuiciamiento conjunto.

Sin embargo, el concurso real no surge por la simple acumulación de varias unidades de acción en la persona de un mismo autor, puesto que como ya se mencionó únicamente existirá cuando se de además jurídicamente, la posibilidad de la resolución conjunta de estos actos, ello en virtud de una sentencia común.

Es indudable, que para que se actualice el concurso real de delitos, éstos están sujetos tanto a circunstancias de compatibilidad, como de temporalidad, ello en cuanto a su realización, amén de que existe la posibilidad de que por razones meramente temporales un delito "X" pierda la posibilidad de un enjuiciamiento conjunto con el delito "Y", ya sea porque haya prescrito la acción, o bien porque simplemente se haya cumplido con la pena correspondiente. El siguiente ejemplo, nos ayudará a comprender de manera más clara esta situación:

“Cuando A comete un delito el 1º de enero, es castigado por él, extingue la pena el 1º de julio, y comete el 1º de agosto un nuevo delito, no se dará, pese a la pluralidad de hechos punibles, ningún concurso real. El nuevo acto cometido tras la ‘total liquidación’ del primero, es plenamente autónomo, debiendo ser juzgado con independencia del primer fallo”⁴⁰.

Como se desprende del anterior ejemplo, la pena correspondiente al primer delito realizado no es tomada en cuenta, pues ésta ya fue cumplida, de ninguna manera será sumada a la nueva; sin embargo, en el supuesto de la reincidencia, ésta puede ser considerada por la nueva sentencia en perjuicio del autor. “La peculiaridad del concurso real consiste, en un cierto privilegio para el autor que ha cometido sucesivamente varias infracciones sin que la imposición de una pena haya seguido a cada uno de esos hechos. En el ejemplo anterior el juicio no variaría aún cuando “A” hubiese realizado el hecho durante el cumplimiento de la primera condena v.gr. homicidio de un compañero de presidio”⁴¹.

En el mismo orden de ideas, tampoco basta para la apreciación de un concurso real de delitos la comisión de varias

⁴⁰ Ibidem, p. 460.

⁴¹ Idem.

acciones independientes realizadas por el autor, sino que se requiere el que estas acciones independientes representen de igual manera varios hechos punibles, susceptibles de ser valorados de modo independiente, para efectos de aplicabilidad del artículo 64 del Código Penal.

Lo cierto, es que el concurso real o concurso de delitos en el fondo no pasa de ser la concurrencia de varios delitos en un único proceso, por lo que aunque si bien es cierto hace que haya disposiciones a su respecto en el Código Pena, también es cierto que no solo debe tomarse como una cuestión exclusivamente penal, sino también como de gran importancia procesal penal.

Así, como nuestro Código penal en su artículo 18, nos da una definición de lo que debemos entender, o cuando estaremos en presencia de un concurso real de delitos, en el artículo 64 del mismo cuerpo de leyes se marca el tratamiento que deberá seguir (en relación a la pena) el juzgador al momento de individualizar la pena, en el caso de un concurso real de delitos.

De tal manera que el tratamiento que en la actualidad da nuestro Código Penal al concurso real de delitos es el siguiente:

“Artículo 64.- En caso de concurso ideal...

En caso de 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 del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero. 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 antes mencionado."⁴²

Como puede verse, en nuestro Código Penal actual se contempla la posibilidad de un aumento en la pena del delito que merezca la mayor con las penas de los restantes, esto como facultad potestativa del juzgador, debiendo entender como delito mayor el que tiene penalidad más grave en la ley penal, pues se considera más grave la penalidad consistente en la prisión, cualesquiera que sea su término, que en la privación de los bienes económicos o de cualquier derecho; sin embargo, el mismo precepto legal menciona que de existir entre estos por lo menos un delito grave (así calificado por la ley), en ese caso, la acumulación de las penas de los delitos restantes deja de ser una facultad potestativa del juez para convertir dicha acumulación en una obligación expresa; dicho precepto queda como anteriormente se señaló, gracias a las

⁴² Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, Op. cit. p. 32.

reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 13 de mayo de de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación.

Del estudio del artículo 64 del Código Penal, los teóricos desprenden dos figuras de gran importancia estructural en el mismo, las cuales a continuación se señalan:

El precitado artículo 64 del ordenamiento antes mencionado, contempla la figura de la **acumulación**, figura jurídica que se advierte de la siguiente manera: En caso de 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; aunque si bien es cierto, que esta situación se encuentra expresamente señalada en la ley, también lo es, que su aplicación es una facultad potestativa conforme a su advitrio judicial del juzgador, el cual sólo recurrirá a la acumulación, cuando a su criterio y las circunstancias materiales del caso concreto así lo ameriten.

De igual manera, el artículo 64 del Código Penal establece la figura de la **Aspersión**, como los teóricos del derecho la han llamado y que consiste en lo siguiente:

Artículo 64 C.P.:

reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 13 de mayo de de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación.

Del estudio del artículo 64 del Código Penal, los teóricos desprenden dos figuras de gran importancia estructural en el mismo, las cuales a continuación se señalan:

El precitado artículo 64 del ordenamiento antes mencionado, contempla la figura de la **acumulación**, figura jurídica que se advierte de la siguiente manera: En caso de 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; aunque si bien es cierto, que esta situación se encuentra expresamente señalada en la ley, también lo es, que su aplicación es una facultad potestativa conforme a su advitrio judicial del juzgador, el cual sólo recurrirá a la acumulación, cuando a su criterio y las circunstancias materiales del caso concreto así lo ameriten.

De igual manera, el artículo 64 del Código Penal establece la figura de la **Aspersión**, como los teóricos del derecho la han llamado y que consiste en lo siguiente:

Artículo 64 C.P.:

“En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor...”

La aspersion consiste en la determinación de una pena conjunta que será fijada en virtud de la correspondiente agravación de la pena más grave merecida.

Es reiteradamente señalado, que el presupuesto esencial para la actualización del concurso real de delitos lo es la posibilidad del enjuiciamiento conjunto de los varios hechos punibles; el juzgador debe resolver en relación a cada uno de los hechos punibles sujetos a juicio, la penalidad que según una valoración aislada concretamente les correspondería (ello mediante el correspondiente juicio de tipicidad), es decir la penalidad merecida, a continuación deberá fijar de entre las penas la más grave, ésta designada como pena base será agravada según determinados puntos de vista, sustituyendo como pena conjunta a las otras penas particulares, **esta pena es la que se mencionará en el fallo, mientras que las restantes, se manifestarán únicamente como criterios de computación (de la pena) en los considerandos de la sentencia.**

Es menester asimismo señalar de manera breve y exclusivamente como antecedente a nuestra legislación actual, que

anterior a las últimas reformas a nuestro Código Punitivo y a propósito de ellas, se realizaron cambios importantes, en cuanto al tratamiento que se debe dar a los concursos.

Hace algunos años, el artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, rezaba como a continuación señalaremos, precepto que daba origen al concurso real homogéneo y Heterogeneo, figuras que creemos, resulta importante conocer, de tal manera que el anterior artículo 64 del cuerpo de leyes antes invocado, contemplaba lo siguiente:

Artículo 64: (antes de ser reformado)

...

En caso de concurso real se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellas son de diversa especie. Si son de la misma especie, se aplicarán las correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse en una mitad más, sin que exceda de los máximos señalados en este Código.

El concurso real, como se había señalado, teóricamente se divide entre casos de concurso homogéneo y heterogéneo, veamos en que consiste cada uno de ellos:

Existe concurso real homogéneo cuando el autor ha cometido varias veces el mismo hecho punible, mientras que se actualizará el concurso real heterogéneo cuando se den cita distintos tipos de delito.

Por su parte, nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, no hace una diferenciación expresa en cuanto a concurso real homogéneo o heterogéneo, al menos en nuestro derechos positivo vigente.

Al respecto y para una mayor comprensión y abundamiento del tema, sirven el siguiente criterio jurisprudencial y comentario, que a pesar de ser emitidos con anterioridad a las reformas actuales, nos servirán para el efecto de tener un panorama más cercano del tratamiento que se daba hasta antes de las multirreferidas reformas al Código Penal por lo que hace al concurso de delitos, para así comprender mejor cuales fueron los principales aspectos reformados.

**“ACUMULACIÓN (CONCURSO REAL),
INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO
DE.- En los casos de acumulación (concurso
real), de acuerdo con el artículo 64 del
Código Penal del Distrito Federal, es cierto
que puede el juez imponer únicamente pena
por el delito de mayor entidad, pero se trata
de una facultad potestativa y el juez puede
imponer otras sanciones, por los demás
delitos cometidos, por estimar que la
peligrosidad del sentenciado así lo amerita.”**

**“De acuerdo con lo anterior, el juez tiene la
facultad potestativa de imponer a la acusada
únicamente la pena correspondiente al
delito mayor, y también tiene esa facultad
para aumentar la pena impuesta por dicho
ilícito, hasta la suma de las sanciones que
corresponderían a la acusada por los demás
delitos; pero en este caso no se trata de la
imposición independiente de penas, sino de
un aumento de la impuesta por el delito de
mayor entidad, que debe hacer el juzgador
en uso de su arbitrio judicial, y en el caso de
que decida aumentar la suma de las que**

corresponderían a la activa por la comisión de los demás delitos, debe razonar los motivos de ese aumento máximo de la pena, lo cual únicamente procede cuando la peligrosidad de la acusada así lo amerita de acuerdo con el criterio citado. Además, para determinar la pena que correspondería por los demás delitos, debe hacerse la individualización correspondiente a cada uno de ellos, en virtud de que la acusada puede revelar distintos grados de peligrosidad en los diferentes ilícitos cometidos, y con base en las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente, debe precisar las razones que se tengan para ubicar la peligrosidad en un grado determinado.”⁴³

Como se puede apreciar, el anterior criterio jurisprudencial, aún con las reformas actuales, seguiría teniendo aplicación, pero única y exclusivamente cuando de entre el cúmulo de normas concurrentes, no se desprenda la existencia de un delito grave, así calificado por la ley, pues en ese caso, amén de lo

⁴³ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, Jurisprudencia y comentarios, quinta edición. Editorial Sista S.A. de C.V., México, 1996, p 17-B

señalado en el artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal vigente a la fecha, el juzgador deberá imponer la pena del delito mayor, aumentándola con la totalidad de la pena de los delitos restantes, supuesto que aparece con las supracitadas reformas al Código Penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación, en fecha 13 de mayo de 1996, con vigencia al día siguiente.

3.1.- CONCURSO IDEAL

Enseguida analizaremos la contrapartida del llamado concurso real de delitos, entraremos al estudio del concurso ideal y al tratamiento que da la ley al respecto, no sin antes hacer hincapié en la forma en la que abordan el tema los teóricos del derecho, siendo de la siguiente manera:

Se dice que concurre concurso ideal cuando al autor vulnera mediante una misma acción varias leyes penales o varias veces la misma ley penal; dos son pues, los requisitos del concurso ideal: por una parte, debe concurrir la unidad de acción y, por otra

parte, mediante la única acción debe tener lugar una pluralidad de infracciones de la Ley.

Por su parte otros autores señalan lo siguiente: "El delito ideal, se presenta como una modalidad de la unidad de acción. Constituye una unidad de acción con pluralidad de tipos."⁴⁴

Como hemos visto, para algunos autores la esencia del concurso ideal de delitos, es precisamente la unidad de acción, puesto que existen variados y controvertidos criterios para determinar la existencia de ésta, la cual, debe repercutir en varios tipos penales, de tal suerte que debemos entrar al estudio de la unidad de acción.

El comportamiento humano se compone de una serie continua de acciones y omisiones, es por ello que surge la necesidad de estudiar los criterios, en arreglo a los cuales puedan determinarse las unidades de acción o pluralidades de acción; evidentemente, una descomposición de sus piezas, según el número de intervenciones musculares (unidad fisiológica de acción), carecería de sentido en base a los siguientes razonamientos:

⁴⁴ MAURACH, Reinhart, Tratado de derecho penal, Tomo II, Ediciones Ariel S.A., Barcelona, 1962, p. 437.

Por lo que hace a la distinción, partiendo esta, del número de resultados, ha caído en desuso, ya que una pluralidad de resultados, aún cuando éstos importen la lesión de bienes jurídicos personalísimos, puede haber sido ocasionada por una única manifestación de voluntad, de tal suerte que solo debe observarse concurrente una acción;

Tampoco serviría, el tener en cuenta el número de tipos realizados; una parte de la doctrina, fundan la determinación de la unidad de acción en la concepción natural de la vida; según esto, varias acciones sexuales realizadas en la persona de o delante de un niño en la misma ocasión, constituyen una acción unitaria; sin embargo, también hay quienes dicen que la fórmula de la concepción natural de la vida "no ofrece mayor ayuda, sino que oculta las verdaderas razones de la estimación de unidad y pluralidad de acciones."⁴⁵

Al respecto surge el conflicto en base a que algunos autores señalan que existe unidad típica de acción en sentido estricto y unidad de acción típica en sentido amplio; sin embargo, otra parte de la teoría advierte que es dudoso, por lo menos en nuestro derecho, que el término clave sea el de unidad de acción,

⁴⁵ JESCHECK HANS, Heinrich, Tratado de derecho penal parte general, Op. cit. p. 996.

resultando rechazable, por inexacto referirse a un sentido amplio y a otro estricto de la unidad de acción; sin embargo el concepto de unidad de acción, ha sido el más aceptado y utilizado por los teóricos, al estudiar el tema.

Como anteriormente mencionamos, son varios los criterios utilizados para determinar la unidad de acción; en la doctrina española, por una parte, se atiende a la unidad de acto de voluntad, con independencia del número de resultados, asimismo, se considera definitiva la manifestación de la voluntad susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal.

Ante tal conflicto, los puntos de vista a que debe atenderse para saber cuando existe unidad de acción son el plan del autor y las acciones típicas; basando el plan conjunto del autor en el factor final con finalidad unitaria, amén que de su conocimiento pueden surgir conclusiones en orden al alcance de los independientes fragmentos punibles de un proyecto más amplio; señala al respecto Reinhart Maurach que: "Así de conocer el plan asesino proyectado por el autor, la adquisición de un arma mortal en virtud de una licencia falsa, la sustracción de un automóvil destinado a facilitar la fuga, la penetración en la casa de la víctima con fractura de la puerta, y finalmente el disparo mortal, podrán ser considerados, conforme a un punto de vista natural, como

proyectada unidad de acción. A ello se opone sin embargo, la función reguladora de las acciones contenidas en los tipos".⁴⁶

Sin embargo, y aún cuando el mismo autor manifiesta que el punto de vista en cita se opone a la función reguladora de las acciones contenidas en los tipos; éste resulta ser uno de los más acertados, puesto que en muchos casos a los juzgados penales llegan consignaciones de hechos presumiblemente constitutivos de delitos que en realidad, algunos de ellos no son mas que los medios comisivos para la realización final del delito que se quiso cometer, resultando un concurso ideal de delitos, o en su caso una apariencia de éstos

Maurach, retomando el criterio consistente en que para determinar la unidad de acción, se debe partir del número de acciones típicas, señala que no es el resultado, sino la acción el elemento decisivo en la apreciación de la unidad o pluralidad de delitos. De ahí se desprende, que, a pesar de producirse solamente un resultado, deberán admitirse varios delitos si las acciones dirigidas al evento provienen de actos volitivos independientes. Al respecto el mismo autor antes referido, con gran certeza, cita un ejemplo, que es el siguiente: "A decide matar a B; en el primer disparo falla; en el segundo sale desviado; únicamente al imprimir por tercera vez el gatillo, acierta mortalmente a la víctima. Existirá la

⁴⁶ MAURACH, Reinhart, Tratado de derecho penal, Op. cit. p. 420.

pluralidad formulada por dos tentativas de homicidio y un doloso homicidio consumado. El que el autor deba únicamente ser castigado por un homicidio doloso consumado, no es atribuible a la supuesta unidad de acto, sino a la absorción de los actos preliminares por el acto principal, determinante de la imposición de la pena; ello tiene importancia principalmente para la participación limitada a la tentativa, puesto que distinto es en el caso en el que el autor que, sin atender al resultado de cada uno de sus actos, 'vacía' el cargador de su arma hasta que la víctima se desploma muerta. En este último caso, gracias a la unidad de la manifestación volitiva, existirá unidad de acción."⁴⁷

Por su parte, Zaffaroni basándose en la teoría finalista del delito, comenta lo siguiente: "La conducta final, puede integrarse por uno o varios movimientos. En caso de integrarse por un solo movimiento, no hay ninguna discusión posible, porque sólo puede haber una única acción, una única conducta... La unidad de plan y la unidad de resolución son requisitos para que haya unidad de conducta; como unidad de plan no debe entenderse una detalladísima planificación, sino una planificación que admita variantes, con una unidad de finalidad... La unidad de decisión y la unidad de plan realizados, son los configuradores del factor final".⁴⁸

⁴⁷ Ibidem, p. 422.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal, parte general, Op. cit. Tomo IV, p. 551

De igual forma, y siguiendo con la misma línea de estudio intentaremos, con el siguiente ejemplo dejar clara su postura al respecto: "La concurrencia ideal, no se determina en función de la simultaneidad de las infracciones típicas. Si mientras esta estafando, induciendo en error a la víctima para que le entregue el dinero que guarda en un cajón, aprovecha un descuido de la víctima de la estafa y le hurta la billetera, se trata de dos acciones simultáneas en concurso real, pero no habrá concurrencia ideal, puesto que faltará el supuesto de la misma, que es la unidad de la conducta, de la cual la simultaneidad no es más que una de sus manifestaciones o indicios".⁴⁹

El concurso ideal requiere siempre una acción única, en la que convergen tipos penales. Ello supone que haya una identidad de acción, es decir, que la acción sea única, pero para ello, debe entenderse que lo es, la que permanece idéntica en su aspecto objetivo, quedando claro que la mera coincidencia de finalidad y objetivo no es suficiente, como sucede en todo caso en que sea menester decidir sobre una unidad de acción. La identidad objetiva de la acción puede ser total, como en el caso en que una conducta- por ejemplo, arrojar una granada- causa muertos, lesiones y daños. Pero también la identidad puede ser parcial, porque por conducta se entiende desde que comienza la ejecución hasta que se agota el

⁴⁹ Ibidem, p. 554

delito, bastando con que haya cobertura con otro tipo en cualquiera de esos momentos.

En otro orden de ideas, la teoría también contempla, la homogeneidad y heterogeneidad del concurso ideal, dentro del siguiente marco de ideas.

Se dice que existe concurso ideal cuando una y la misma acción infringe varias (distintas) leyes penales, esto es, cuando la misma acción cumpla varios tipos específicamente distintos, éste, sería pues el llamado heterogéneo concurso ideal, por lo que haciendo mención al caso en el que la misma acción infrinja varias veces la misma ley penal, estaríamos hablando del homogéneo concurso ideal (cabe aclarar que el concurso ideal homogéneo, es imposible entre delitos contra bienes jurídicos altamente personales, como es el caso de los delitos cometidos contra la integridad física, la vida y la libertad).

Tomando por ejemplo el lanzamiento de una granada dirigida contra dos hombres que produce la muerte de ambos, nos preguntaríamos si debe ser considerado como simple unidad de acción o como un caso de homogéneo concurso ideal; ante el silencio de la ley, de los teóricos surgen diversas posibilidades, entre ellas la siguiente: "una pluralidad de actos no puede darse por la

pura razón de que no se debe atender al número de resultados, sino al de acciones como manifestaciones volitivas⁵⁰; al respecto debe entenderse que la cuestión de la homogeneidad del concurso ideal sólo puede ser tomada en consideración cuando los resultados son típicamente equivalentes. No podrá hablarse por lo tanto de un homogéneo concurso ideal en el caso de que el disparo dirigido a A haya lesionado no sólo a éste, sino a B. Aún cuando la misma acción haya conducido a dos lesiones, existirá, heterogéneo concurso ideal: lesiones dolosas y culposas.

Asimismo desde otro punto de vista, en disputa con el anterior, se advierte que si el concurso ideal se caracteriza por la necesidad de recurrir a varias apreciaciones, esto es, a varios tipos, para configurar mejor una acción, la figura jurídica del homogéneo concurso ideal, será aquí inaplicable, ya que el repetido cumplimiento del mismo tipo no puede modificar los perfiles del delito concreto; amén de que el contenido de la presente tesis, versa en torno al concurso de tipos penales, y no al concurso entre grados de ejecución o de responsabilidad; esto en el caso de que solo exista un sujeto pasivo.

Ello, por su puesto, no impide que la acumulación de resultados pueda ser indicativa de un incremento de la culpabilidad,

⁵⁰ MAURACH, Reinhart, Tratado de derecho penal, Op. cit. p. 448

que en consecuencia y a criterio del juzgador pueda ser tomada en consideración al proceder a la individualización de la pena.

A continuación, enunciaré algunos ejemplos de concurso ideal, mismos que en la práctica, se ven cotidianamente:

* Los hechos dolosos contra la vida, pueden concurrir idealmente, por ejemplo con el robo; sin embargo en el supuesto de la violación, con resultado de muerte, no podrá concurrir, ello por el carácter exclusivamente alternativo del dolo, con las lesiones.

* También existe la posibilidad de la concurrencia ideal, por ejemplo en los casos de coalición de un tipo cualificado intentado, con otro tipo básico consumado, como lo son tentativa de robo y robo consumado.

* El caso en el que un sujeto, de un disparo mata a una persona, y a la vez, daña una cosa.

* deberá admitirse el concurso ideal, entre homicidio y robo, ello si el desprendimiento de la posesión tuvo lugar mediante el homicidio de su titular.

*** Un disparo que da muerte a varias personas.**

En conclusión podemos decir que el concurso ideal, es una reunión de tipos integrados total o parcialmente sobre la misma acción.

Por otra parte nos debe quedar claro que definitivamente la simple unidad de resolución dirigida a la ejecución de acciones separadas, no puede originar por lo tanto, ningún concurso ideal. La presencia de una meta unitaria para la actuación y de una resolución única de alcanzar esa meta, no es suficiente para transformar el hecho realizado en un hacer unitario.

Deben pues averiguarse las fronteras objetivas dentro de las que se da un hacer unitario cumplidor de varios tipos. Un hacer, debemos entender, existirá cuando los tipos considerados presupongan acciones que se cubran totalmente; asimismo en los casos en los que una de las acciones consideradas abarque totalmente a las restantes, así como en los que las acciones se crucen; y, por último, cuando las acciones, en principio separadas, se encuentren relacionadas por características objetivas (esferas conectadas).

Con ello, no obstante, solo se han descrito las técnicas, posibilidades y fronteras del concurso ideal, resultantes de la estructura de los tipos. Sobre los puntos de vista rectores nada se ha dicho, por otro lado, existe el peligro de que se incluyan aquí de nuevo los casos, ya separados, de concurso ideal aparente, por este motivo, siempre que se de uno de los antes citados puntos de referencia, deberá plantearse la cuestión del bien jurídico protegido por cada uno de los tipos concurrentes, la finalidad del agente, etc., puesto que las respuestas a estas preguntas, aún cuando no ofrezca una explicación concluyente, proporcionará valiosos puntos de partida; la diversidad de los bienes jurídicos de los particulares tipos hablará regularmente en favor del concurso ideal, la identidad de la orientación protectora en pro del concurso de leyes, y la finalidad del agente nos hablará de la compatibilidad o incompatibilidad de las mismas.

En otro orden de ideas, nuestra legislación penal contempla en sus artículos 18 y 64 párrafo primero, tanto la existencia del concurso ideal, como el tratamiento que se debe dar a tal concurso, quedando como sigue:

“Artículo 18 C.P.: Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos...

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

Artículo 64 C.P.: 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."⁵¹

Pues bien, el tratamiento que nuestra ley da al concurso ideal, es simple, puesto que en estos casos, el autor será declarado culpable por todos los tipos concurrentes, sin embargo, únicamente dentro del marco penal del tipo más grave, podrán los tipos idealmente concurrentes ser tomados en consideración para agravar la pena, por su puesto, a criterio del juzgador, y siempre que tal agravación se realice con la debida motivación y fundamentación que requiera el caso; posteriormente, se procederá a determinar la pena más grave o pena principal, la cual se determinará por arriba fijándose como límite máximo la más grave de las penas correspondientes a las leyes concurrentes, y por abajo atendiéndose a la pena mínima más benévola que las mismas determinen; es importante precisar que en caso de ser iguales los marcos penales, deberá atenderse a las penas y efectos accesorios admitidos.

⁵¹ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal. Op. cit. p. 32

La sentencia, en consecuencia, previamente acreditados al realizar el juicio de tipicidad, debe mencionar los tipos concurrentes, aún cuando atendiendo a lo establecido por el artículo 64 del Código Penal, únicamente se aplique la pena del delito que merezca la mayor (principal), sin embargo, éstos como ya mencionamos a criterio del juzgador pueden ser motivo para una incrementación en la pena final; de tal manera que cada uno de los hechos punibles componentes del concurso ideal, quedan eximidos de cualquier valoración penal posterior.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS QUE DETERMINAN LA ACTUALIZACIÓN DE CONCURSOS APARENTES O REALES

4.1.- CONCEPTOS BÁSICOS.

a).- Conducta

En el campo del derecho penal, el término conducta no escapa de valoraciones encontradas por parte de los estudiosos de esta materia, pues como veremos a continuación existen diversos criterios al respecto.

Por una parte Sebastián Soles se opone a su utilización argumentando que "la conducta más que una acción, es una especie de promedio o balance de muchas acciones, y por eso adoptar esa expresión para definir el delito, resulta equívoco y por lo tanto peligroso políticamente"⁵²; por su parte Jiménez de Azúa también se opone al manifestar que "ésta, se refiere más bien al comportamiento, a una actuación más continuada y sostenida que la

⁵² Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, octava edición, Editorial Porrúa Hermanos S.A., México, 1995, p. 576.

del mero acto psicológico, que es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad."⁵³

Sin embargo, Jiménez Huerta por el contrario se muestra partidario de su utilización y menciona que "la palabra conducta, penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. La palabra conducta, no solo es el término más adecuado para retener en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también, por reflejar mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico.

Sin lugar a dudas, pensamos, el término conducta, es lo suficientemente amplio para recoger en su contenido con gran veracidad las muy diversas formas en que el sujeto manifiesta su voluntad en el mundo fáctico.

Asimismo Porte Petit, al distinguir entre hecho y conducta, los dos elementos objetivos del delito, considera que "El término conducta es más adecuado para abarcar la acción y omisión, pero

⁵³ Idem.

nada más. Es decir dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, el cual se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión), del resultado material y de la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento objetivo del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta".⁵⁴

Como nos hemos percatado, la conducta como elemento del delito, tiene mayor o menor alcance según las diversas teorías del delito; puesto que para los autores que siguen el concepto causal de la acción (teoría causalista), la conducta comprende la voluntad, la actividad, y en el caso de la omisión el deber jurídico de abstenerse; sin embargo la voluntad que se toma en cuenta en este caso es una voluntad nacida del hacer u omitir externo, y no la voluntad como efecto de una decisión final.

En cambio para la teoría finalista del delito, la conducta es tomada en cuenta desde el punto de vista de una actividad dirigida a su meta por la voluntad (teoría de la acción final).

Por su parte Eugenio Raúl Zaffaroni, sostiene su propio concepto de conducta, siendo el siguiente

⁵⁴ Ibidem, p. 577.

Zaffaroni primeramente hace mención al acto de voluntad y al acto de conocimiento.

"Acto de voluntad: es el que se dirige hacia el objeto alterándolo. ej.: escribir una carta, dar un regalo, demoler un edificio, etc..

Acto de conocimiento: Es el que se limita a proveer de datos al observador sin alterar el objeto en cuanto a material del mundo. ej.: el estudiante va conociendo el Código Penal, y con ello no altera el mismo. La diferencia, dice, es que en el de voluntad existe una alteración, en el de conocimiento no."⁵⁵

Desprendiéndose de lo anterior que el derecho no pretende otra cosa que regular conductas humanas, no pudiendo ser el delito en consecuencia otra cosa que una conducta.

Asimismo, en desacuerdo al punto de vista de diversos autores que prefiriendo hablar de acto o de acción, se niegan a denominar este carácter genérico como conducta, argumentando que como conducta se evidencia un comportamiento más evidente o

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal parte general, Op. cit. p. 355.

continuado que con acto o acción, el autor señala que tales argumentos carecen de fundamento, toda vez que la extensión de actividad que debe considerarse lo determina el tipo; apartándose de esta manera de las añejas concepciones que hasta hace algunos años aún se tenían en torno al concepto de conducta, de ahí que en su terminología acto y acción los emplee como sinónimos.

En tratándose de conducta, la voluntad implica siempre una finalidad, es decir siempre la voluntad tiene un contenido que es una finalidad, este fenómeno es innegable en cualquier concepto de conducta humana; por lo que resulta lógico concluir que de acuerdo a un concepto puramente finalista, conducta es un hacer voluntario, por tal motivo voluntad implica siempre una finalidad y por lo tanto conducta es un hacer final; la exteriorización de la conducta, entonces, consiste en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado.

b).- Clasificación de delitos

Es importante en este momento, hacer mención a ciertas modalidades de conductas delictivas que por sus características son de vital importancia para la aplicación practica, en tratándose de concurso de delitos, mismas que comúnmente son mal entendidas o poco aplicadas, tanto por las autoridades ministeriales e incluso por los órganos judiciales, y que resultan de gran utilidad, ya sea para la

contundente configuración y acreditación del concurso de delitos o para la absoluta negación y desechamiento de esta figura, siendo las siguientes:

Primeramente y en orden a la conducta encontramos los siguientes:

De acción: Son aquellos en los que la conducta típica es exteriorizada mediante un comportamiento positivo y de carácter voluntario, a través de un hacer, una actividad, un movimiento corporal o un conjunto de movimientos corporales que, en el ámbito normativo, se traduce en la violación de una norma prohibitiva, por ejemplo el artículo 405, fracción IV, del Código Penal federal, consistente en la persona que: "**Altere** los resultados electorales, **sustraiga o destruya**, boletas, documentos o materiales electorales. Zaffaroni al respecto opina que "a nivel de conducta, es decir, antes del plano analítico de la tipicidad, no hay omisión, sino que todas son acciones"⁵⁶

En el mismo orden de ideas, Eugenio Cuello Calón dice "que los delitos de acción, consisten en un acto material consisten

⁵⁶ Ibidem, p. 356.

en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una prohibición de la ley penal"⁵⁷

Unisubsistentes o de acto único: Son aquellos en los que la conducta típica se agota con un sólo acto, al no permitir la posibilidad de su fraccionamiento en una pluralidad de movimientos corporales, es decir, existe una unidad natural de la conducta; dentro de este supuesto, encuadraría la conducta tipificada en el artículo 302 relativa al homicidio (Un sujeto hace un sólo disparo sobre la víctima causándole la muerte).

Al encontrarnos en un caso parecido, obviamente no existirá ningún problema, ya que en estos casos no se da la concurrencia de figuras típicas plasmadas en la ley.

Plurisubsistentes o de varios actos: Son aquellos en los que la conducta típica se agota con varios actos naturalmente separados, sin que se desvirtúe su unidad delictiva, en virtud de que la naturaleza de la acción admite la posibilidad de su fraccionamiento; como ejemplo tendríamos también un homicidio en el supuesto siguiente: Un sujeto priva de la vida a otro haciéndole

⁵⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho penal, Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1951, p. 284.

consumir pequeñas dosis de veneno durante varios días, hasta que acontece su muerte.

Algunos autores también lo llaman delito plurisubsistente o de hábito, señalando que "se constituyen por una serie de actos cada uno de los cuales es impune considerado individualmente, pero que son punibles como un delito único en cuanto se repiten y manifiestan un hábito en su autor, constituye una fusión de actos"⁵⁸, al respecto, en lo particular el termino hábito, me parece demasiado abierto y confuso.

Asimismo, otro ejemplo clásico, aunque controvertido en cuanto a los delitos en mención, es el supuesto, en el que un sujeto al entrar en alguna negociación, realiza la conducta típica de robo, desapoderando de su billetera a un cliente, a la cajera y al encargado, sin lugar a dudas y en contravención a lo que aún es usual ver en algunas resoluciones de sentencia, estamos en presencia de una sola conducta, fragmentada esta por varios actos naturalmente separados, sin embargo resulta ser única amén de que como se ha expuesto anteriormente la conducta debe ser valorada en cuanto al objetivo final del autor, resultando por ende que el autor, primeramente al desapoderar a la cajera, no está agotando la

⁵⁸ REYNOSO DÁVILA, Roberto, Introducción al estudio del derecho, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 62.

totalidad de la conducta fijada para llegar a su objetivo final que lo era el desapoderar también a las demás personas, consecuentemente tal conducta delictiva no actualiza ni un concurso real de delitos y ni siquiera una apariencia de concurso, sino que estaríamos en presencia de un delito único, en este caso con pluralidad de sujetos pasivos, ya que si bien es cierto que al momento de desapoderar a la primera persona de sus pertenencias, sin derecho y sin consentimiento de ésta, amén de lo contemplado en el artículo 369 de nuestro Código Penal vigente, en ese momento se tiene por consumado el robo, también es cierto que lo que señala dicho artículo, solo es aplicable para efecto de la aplicación de sanciones, pues la conducta delictiva aún no se agota, ya que la finalidad del sujeto activo, lo era el de constituirse en dicho lugar y desapoderar de sus pertenencias a las personas que se encontraren en su interior, de tal suerte que su actividad delictiva, no se agota con la primera persona a la que logra desapoderar, sino que ésta se agotará hasta llegar a sus últimas consecuencias, en busca de su objetivo final, que sería el desapoderar al mayor número de personas posible, y lograr evadir la acción de la justicia, dándose a la fuga; valoración que en obviada estaría sujeta a variar según el caso específico.

Mixtos: Son aquellos en los que la descripción típica exige para la configuración del delito la actualización de dos acciones de diverso significado, pudiendo ser:

a) Acción y omisión: La conducta típica esta constituida de una acción positiva y de una omisión, ambas cooperantes en la producción del resultado y esenciales en la configuración típica.

b) Doble conducta: Combinación de acciones de significado diverso y esenciales en la configuración típica.

c) Acción y doble omisión: Para su configuración el tipo penal exige un hacer y una doble omisión

Como **delito mixto de acción y omisión**, tenemos el delito en materia de vías de comunicación, Artículo 169, del Código Penal federal: "Al que **ponga en movimiento** una locomotora, carro, camión o vehículo similar y lo abandone o, de cualquier modo, **haga imposible el control de su velocidad** y pueda causar un daño, se le impondrá de uno a seis años de prisión".⁵⁹

Como **delito mixto de doble conducta** tenemos, tenemos la usurpación defunciones, Artículo 250, fracción I, del

⁵⁹ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, Op. cit. p. 53.

Código Penal federal: "Al que **sin ser funcionario público, se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal...**"⁶⁰

Como **delito mixto de acción y doble omisión**, tenemos al Artículo 229, del Código Penal federal: "El artículo anterior se aplicará a los médicos que **habiendo otorgado responsiva** para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, **lo abandone en su tratamiento** sin causa justificada, **y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente**".⁶¹

A pesar de que como ya dijimos anteriormente, de que a nivel de conducta antes de la tipicidad, no existe la conducta omisiva, resulta conveniente conocer la clasificación de este tipo de delitos, antes anotada, ello única y exclusivamente con la finalidad de complementar el estudio que nos ocupa.

HABITUALES O DE CONDUCTA PLURAL: Son aquellos en los que el elemento material típico se encuentra conformado por acciones repetidas de la misma especie, las cuales consideradas en forma aislada no constituyen delito, son aquellos en los que, para su

⁶⁰ Ibidem, p. 79.

⁶¹ Ibidem, p. 72.

configuración, el tipo penal exige la reiteración de la conducta típica, la cual considerada aisladamente carece de trascendencia jurídica y, por ende, no constituye delito, como por ejemplo el lenocinio, Artículo 207, fracción I, del Código Penal Federal: "Toda persona que **habitual** o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera..."⁶²

La importancia de este tipo de delitos, radica en que tal conducta sólo será típica cuando, conforme al artículo antes señalado, se realice de forma habitual, es decir que es necesaria una multiplicidad de estas conductas para encuadrar el delito de lenocinio, sin que estas conductas reiteradas constituyan varios delitos autónomos, resultando imposible en este supuesto la actualización de cualquier concurso.

DELITO COMPLEJO: Es aquel en el que varios hechos o conductas que en forma autónoma constituyen delitos, son agrupados dentro de un tipo penal como elementos constitutivos de un sólo delito o como circunstancias agravantes del mismo, conformando una nueva figura delictiva más grave con relación a las dos que la integran como elementos constitutivos, teniendo como ejemplo el robo en casa habitación, Artículo 381 bis, del Código

⁶² Ibidem, p. 62.

Penal federal: "Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no solo los que estén fijos en la tierra, sino también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos..."⁶³

Por lo que hace a esta modalidad de delitos, en cuanto a la concurrencia de conductas ilícitas, resulta de gran importancia práctica, toda vez que en muchas ocasiones se consignan hechos que lejos de actualizar un concurso de delitos, y a pesar que son conductas explícitamente señaladas en la legislación penal (robo, artículo 367, y allanamiento de morada, artículo 285, ambos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal), representan por así decirlo el delito medio y el delito fin, resultando en consecuencia un solo delito, pero agravado por circunstancias o medios **naturales** para la consumación de la conducta final, tal como quedó ejemplificado anteriormente.

Al respecto Jiménez de Azúa refiere que "existe delito complejo o compuesto, cuando los elemento que le integran figuran,

⁶³ Ibidem, p. 101.

además, como tipos autónomos en el propio cuerpo legal o en leyes especiales, o cuando una cierta agravante se ha elevado a característica de una infracción calificada"⁶⁴

DELITO PROGRESIVO: Son aquellos en los que el inter críminis se desarrolla en una sucesión progresiva de conductas vinculadas por el mismo propósito, las que pueden ser por sí mismas delictivas, pero que en conjunto constituyen un sólo delito, en virtud de que la conducta encuadrada en la norma de mayor alcance valorativo absorbe a todas las precedentes que tipifican delitos de menor relevancia jurídica y las cuales por su vinculación con la más grave, quedan consumidas en ella; por ejemplo la falsificación de documentos con el uso de los mismos por el falsario;

Artículo 244. "El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los siguientes medios:

I. Poniendo una firma o rubrica falsa, aunque sea imaginaria, o alterando una verdadera".⁶⁵

⁶⁴ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, tratado de derecho penal, Op. cit. p. 486.

⁶⁵ Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, Op. cit. p. 76.

Artículo 245. "Para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como tal, se necesita que concurren los siguientes requisitos:

I. Que el falsario se proponga sacar algún provecho para sí o para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al estado o un tercero;

II. Que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al estado o un particular, ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación, y

III. Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquélla a cuyo nombre se hizo el documento".⁶⁶

Artículo 251. "Si el falsario hiciere uso de los documentos u objetos falsos que se detallan en este título, se acumulara la

⁶⁶ Ibidem, p. 77.

falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente".⁶⁷

4.2.- PRINCIPIOS APLICABLES.

DE ACUERDO A LA CONDUCTA.

Partamos desde la base estructural que Zaffaroni da a la conducta, consistente en que ésta cuenta con un aspecto interno y un aspecto externo, encontrándose dentro del interno 1.- la proposición de un fin y 2.- la selección de los medios para su obtención; puesto que siempre que nos proponemos un fin, dice, "retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado deseado"⁶⁸; y finalmente dentro del aspecto externo encontramos la exteriorización de la conducta, consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado.

⁶⁷ Ibidem, p. 79.

⁶⁸ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, tratado de derecho penal, Op. cit. p. 362.

En apoyo a la estructura que da Zaffaroni, al respecto de la conducta, estamos en condiciones para determinar el alcance que se le debe dar a la misma, en cuanto a la valoración de un tipo penal, es decir, al momento de individualizar la pena.

Varios autores han tratado de demostrar con acierto que la conducta, es determinante en cuanto a la valoración de un tipo penal se trata, la cual, debidamente valorada facilitaría el encuadramiento de la conducta ilícita, en el tipo penal que le correspondiere.

Zaffaroni señala que “una prueba sistemática de la validez del concepto de conducta que hemos dado consiste en comprobar que la acción entendida en sentido óntico-ontológico sirve da base a todas las formas que los tipos adoptan para individualizar sus prohibiciones, es decir, que siempre los tipos prohíben conductas respetando esta estructura del ser de la conducta”⁶⁹.

Avalando el criterio de Zaffaroni en cuanto a que siempre los tipos prohíben conductas, anotamos los siguientes razonamientos:

⁶⁹ Ibidem, p. 366.

Una de las principales clasificaciones en cuanto a la estructura de los tipos penales, distingue entre tipos dolosos y culposos. Los dolosos prohíben conductas atendiendo a la prohibición de procurar por el fin de la conducta, es decir que lo prohibido es la puesta en marcha de la causalidad en dirección al fin típico; por lo que ninguna duda cabe que aquí los tipos penales captan este concepto de conducta

Por su parte los tipos culposos son los que prohíben conductas atendiendo a la forma de seleccionar los medios para obtener el fin y no en razón del fin mismo.

Por su parte la prohibición en el tipo doloso atiende a los movimientos consistentes en la selección de medios para la obtención de un fin propuesto, y la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción de un resultado.

En tratándose de tipos dolosos, se dice que "la selección de los medios para la obtención de cualquier fin debe hacerse de acuerdo a un cierto deber de cuidado, que resulta violado cuando, pudiendo preverse que la causalidad puesta en movimiento puede afectar a otro, no se lo prevé, o cuando, habiéndolo previsto, se confía en que la lesión no habrá de sobrevenir. Queda claro que también aquí el tipo prohíbe una conducta final, solo que en lugar de

prohibirla por el fin, lo hace por la forma defectuosa en que ese fin se procura".⁷⁰

Es indudable, para nosotros, que la conducta es un elemento de suma importancia para el interprete de la ley, al momento de encuadrar la misma al tipo penal correspondiente, sin embargo, la conducta que se analizará, no debe ser la conducta simple y sin contenido manejada por el causalismo, sino que debe abocarse a la delimitación de la conducta final del individuo.

⁷⁰ Idem.

CONCLUSIONES

1.- Una vez realizado el análisis de los lineamientos jurídicos, así como de los principios teóricos observables, en materia de concurso de delitos, y después de haber precisado y ejemplificado los problemas en que incurre el intérprete de la ley al momento de aplicarla, dentro de este marco de ideas, se concluye que, por lo que hace a los principios dados por los teóricos en cuanto al tema, algunos de estos, resultan confusos y poco aplicables, sin embargo, otros como el de especialidad y el de consunción o absorción, se aprecian claros, y de mayor aplicabilidad dentro de la normatividad de nuestro país.

2.- Aún cuando en nuestra legislación penal, específicamente en el artículo 6 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, se contempla la figura del principio de especialidad, tal situación no es suficiente para crear un solo y uniforme criterio de delimitación en cuanto a los concursos de delitos.

3.- Es necesario que nuestra legislación, adopte y perfeccione más de los principios antes señalados, con la finalidad

de crear una sola línea de valoración, en tratándose de la concurrencia de delitos, para de esta forma y aunado lo anterior con el análisis que realice el intérprete de la ley penal, se logre delimitar los casos en los que existe un concurso de tipos penales, o en su caso una apariencia de esto, fundamentando ampliamente su actuar, con preceptos legales insertos en la ley.

4.- Creemos que es factible, para enriquecer una valoración legal al encontrarnos ante un concurso de delitos, delimitar la conducta del agente, desde el punto de vista de la teoría finalista de la acción, y a la luz de la teoría de la acción final, contemplando la conducta, no como una simple acción sin contenido, sino como una conducta, cuyo contenido es precisamente la finalidad del sujeto, es decir, la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado deseado.

5.- Concluimos, de igual manera que en nuestra legislación penal es verdaderamente necesaria una reglamentación referente a controversias entre tipos penales coexistentes.

6.- La reglamentación a que se hace referencia, debe trazar reglas suficientes para saber cuando una disposición acepta o excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, respecto a la misma situación de hecho.

7.- Creemos pertinente que supracitada reglamentación se debería plasmar en el capítulo relativo al concurso de delitos, situación que en otros países ya tiene antecedentes.

8.- Como se observa del contenido del presente trabajo de tesis, en el mismo, no se propone la creación de algún artículo que diga que en caso de existir concurso real (en amplio sentido), se estará a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, y en caso de existir un concurso aparente, se proceda conforme al delito único, sino que se pone a consideración la propuesta de una verdadera reglamentación que contemple principios claros y operativos al respecto, además de que delimite convincentemente los supuestos en que puede incurrir la conducta del activo, sus alcances y la finalidad de esta, que asimismo, de trato individualizado a las figuras de delitos medio y delitos fin, delito progresivo y plurisubsistente, entre otros, este proyecto, seguramente avalaría, además de hacer más justa y equitativa tanto la procuración, como la impartición de justicia en nuestro país.

9.- Finalmente y con el antecedente de otras legislaciones, creemos que para tal reglamentación sería conveniente el título de "Normas generales sobre conflictos resultantes de la existencia de disposiciones penales coexistentes"

BIBLIOGRAFÍA

1. CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho penal, Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1951.
2. FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y Gustavo Carbajal Moreno, Nociones del derecho positivo mexicano, decimonovena edición, Editorial Porrúa Hermanos S.A., México, 1982
3. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho penal mexicano, segunda edición, Editorial Porrúa Hermanos S.A., México, 1982
4. JESCHECK HANS, Heinrich, Tratado de derecho penal parte general, cuarta edición, Editorial Comarés, Granada España, 1993.
5. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, Tratado de derecho penal, Tomo II, tercera edición, Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1964.
6. MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, El tipo penal, Editorial UNAM, México, 1986.
7. MEZGER, Edmundo, Tratado de derecho penal, Tomo II, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, Madrid, 1957.
8. ONECA, Antón, Derecho penal I, Madrid, 1949.
9. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del delito, sistema causalista y finalista, tercera edición, Editorial Porrúa Hermanos S.A., México, 1996.
10. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Concurso aparente de normas, cuarta edición, Editorial Porrúa hermanos S.A., México, 1994.

11. PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Apuntes de la parte general de derecho penal, Tomo I, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969.
12. REYNOSO DÁVILA, Roberto, Introducción al estudio del derecho, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.
13. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal parte general, Tomos I y IV, segunda reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

TEXTOS LEGALES

14. Código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, primera edición, Greca Editores, México, 1997.

15. Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, primera edición, Greca Editores, México, 1997.

DICCIONARIOS ESPECIALIZADOS

16. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, octava edición, Editorial Porrúa Hermanos S.A., México, 1995.

17. OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires Argentina 1978.

REVISTAS JURÍDICAS

18. Revista mexicana de derecho penal, Concurso aparente de normas, por el Lic. Luis de la Barreda Solórzano, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, quinta época, número 6, México, Distrito Federal, julio-diciembre de 1979.