

## I N D I C E

### CAPITULO PRIMERO

	Pág.
I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO . . . . .	9
II. LA DEFINICION DEL DELITO EN LA LEGISLACION MEXICANA . . . . .	10
III. LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES DEL DELITO . . . . .	11
IV. EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO . . . . .	12
V. LA AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO . . . . .	14
VI. LA TIPICIDAD . . . . .	15
VII. LA ATIPICIDAD . . . . .	17
VIII. LA ANTIJURIDICIDAD . . . . .	17
IX. LAS CAUSAS DE LICITUD . . . . .	18
X. LA IMPUTABILIDAD . . . . .	18
XI. LA CULPABILIDAD . . . . .	19
XII. LA INCULPABILIDAD . . . . .	20
XIII. PUNIBILIDAD . . . . .	21



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

## CAPITULO SEGUNDO

	Pág.
I. COLOCACION SISTEMATICA DE LA TEORIA DEL CONCURSO .....	23
II. CONCEPTO .....	24
III. HIPOTESIS QUE SE PRESENTAN CON RELACION A LA CONDUCTA Y A LA LESION JURIDICA: 1) Unidad y pluralidad de delitos: a) Una conducta y una lesión jurídica; b) varias conductas y varias lesiones jurídicas, con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica; c) una conducta y varias lesiones jurídicas, sin unidad de propósito y con identidad o no de lesión jurídica; d) varias conductas y varias lesiones jurídicas con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, de bienes no disponibles. ....	26

## CAPITULO TERCERO

I. UNIDAD DE CONDUCTA Y DE LESION JURIDICA ...	33
II. PLURALIDAD DE CONDUCTAS Y PLURALIDAD DE LESION JURIDICA. CON UNIDAD DE PROPOSITO E IDENTIDAD DE LESION JURIDICA. (DELITO CONTINUADO). ....	37
III. UNIDAD DE CONDUCTA Y PLURALIDAD DE RESULTADOS .....	39

## CAPITULO CUARTO

I. CONCURSO IDEAL O FORMAL .....	44
II. DIFERENCIA ENTRE EL CONCURSO IDEAL Y REAL.	45
III. CONCURSO IDEAL Y CONCURSO APARENTE DE LEYES. ....	47
IV. CLASES DE CONCURSO IDEAL: 1) Homogéneo; 2) Heterogéneo .....	46
V. ¿CONCURSO IDEAL EN LOS DELITOS CULPOSOS? ..	47

## CAPITULO QUINTO

	Pág.
I. CONCURSO REAL .....	52
II. SISTEMA DE PUNICION PARA EL CONCURSO DE DELITOS .....	53
III. REINCIDENCIA: 1) Concepto; 2) Fundamento; 3) Elementos; 4) Clases; a) Reincidencia genérica; b) Reincidencia específica; 5) Prescripción de la reincidencia; 6) Reincidencia Simple; 7) Reincidencia Habitual. ....	57
IV. CONCLUSIONES .....	66
BIBLIOGRAFIA .....	69

## CAPITULO PRIMERO

- I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO.
- II. LA DEFINICION DEL DELITO EN LA LEGISLACION MEXICANA.
- III. LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES DEL DELITO.
- IV. EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.
- V. LA AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO.
- VI. LA TIPICIDAD.
- VII. LA ATIPICIDAD
- VIII. LA ANTIJURIDICIDAD.
- IX. LAS CAUSAS DE LICITUD.
- X. LA IMPUTABILIDAD.
- XI. LA CULPABILIDAD.
- XII. LA INCULPABILIDAD.
- XIII. PUNIBILIDAD.

## CAPITULO PRIMERO

### 1.—ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO

Se hace imprecindible hacer una referencia somera dentro de la evolución histórica del delito, que ha sido objeto de estudio desde el campo filosófico, sociológico y jurídico; dentro del Derecho Romano, *delictum*, como afirma Luis Jiménez de Asúa, significó “el acto ilícito, fuente de obligaciones penado por el *ius civile* con pena privada”. (1) En el terreno *filosófico*, encontramos al delito como un quebrantamiento de la justicia, como advierte JUAN DOMINGO ROMAGNOSI, al decir: “El acto de una persona libre e inteligente, daña a los demás y a la justicia”. (2) Desde el punto de vista expresado, obvio es que el delito significa el quebrantamiento del deber, con un enfoque dirigido como un ataque a fines sociales y humanos. Por otro lado, la concepción *sociológica*, se advierte la existencia del llamado delito natural, haciéndose un distincio de aquel delito que es creación política, de tal manera que RAFAEL GAROFALO, por parte de ciertos sentimientos del hombre, de carácter altruista, para afirmar: “El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo

---

(1) Tratado de Derecho Penal, Tomo III, pág. 19.

(2) *Genesi del Diritto Penale*, parágrafo 555.

en sociedad". (3) Es pertinente señalar, lo cual resulta evidente que conforme a tal postura, se ofenden sentimientos de piedad (delitos contra la libertad individual), como los de probidad (delitos contra la propiedad). En razón del carácter jurídico del delito, citaremos primeramente al ilustre maestro de Piza, Francesco Carrara, fundador de la Escuela Clásica quien sostiene: "El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencialidad debe consistir en la violación de la ley. Por ello el derecho debe tener una existencia y criterio pre-existente a beneplácito de los legisladores humanos". El eminente tratadista italiano concibió el delito "como la infracción de la ley del estado promulgada para la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (4) Con posterioridad allá por el año de 1872, Carlos Binding creó su extraordinaria concepción del delito al expresar que es "la acción típica, antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad. (5) Al reflexionar sobre la naturaleza del delito, no podemos prescindir de los que son esenciales generales y como con acierto refiere Celestino Porte Petit: "Ya sabemos que por elemento en general, debemos entender la parte integrante de algo, lo necesario para que ese algo tenga existencia. Elemento del delito es todo componente sine qua non, indispensable para la existencia del delito en general o en especial. . . Los elementos esenciales generales se clasifican generalmente fundados en una concepción triédica: a) elemento esencial general material; b) elemento esencial general valorativo, y c) elemento esencial general psíquico". (6)

## II.—LA DEFINICION DEL DELITO EN LA LEGISLACION MEXICANA

Es imperativo hacer mención del artículo 7o. del Código Penal, que expresa: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes pe-

(3) Criminología, págs. 2 v 41, Turín, Bocca 1885.

(4) Programa, parágrafo primero, pág. 60.

(5) Esquema de Derecho Penal, pág. 1944.

(6) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, págs. 270, 271, y 272, México 1969.

nales”; sin embargo, estimamos que es innecesario hacer mención a un concepto de lo que es el delito en los ordenamientos sustantivos, puesto que carece de un objetivo específico: apuntamos a nuestro entender que el precepto en cita desde el punto de vista del número de elementos que integran el delito, se contempla una concepción dicotómica o bitómica, es decir, se contiene en primer lugar el elemento objetivo o material, consistente en el “acto u omisión” y en segundo término, se contrae a la punibilidad en la frase “que sancionan las leyes penales”. Ahora bien, del análisis del concepto anterior, Celestino Porte Petit, afirma: “Tan pronto se realiza una conducta o un hecho o bien, una conducta o un hecho y además llena algún otro elemento típico exigido, hay tipicidad en tanto existe una adecuación a alguno de los tipos que describe el Código Penal; antijuridicidad en cuanto que habiendo tipicidad no esté el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud de los que recoge el artículo 15, en sus respectivas fracciones. Habrá imputabilidad, al no concurrir la ‘excepción regla’, de no capacidad de obrar en Derecho Penal, contenida en la fracción II del citado artículo 15, cuando no exista una causa de inimputabilidad. Habrá culpabilidad, atento lo preceptuado por los artículos 8o. y 9o. fracción II del Código Penal, y por último, concurrirá la punibilidad, si no se presenta una de las excusas absolutorias a que alude la propia ley”. (7)

La separación de los elementos del delito, da lugar a desarrollar un método de investigación, que nos enseña su verdadera esencia, logrando de esta suerte una positiva sistematización, y aun cuando el delito es un conjunto de elementos, cada uno es distinto entre sí y no se trata por consiguiente, de una unidad indivisible, entendida como un todo orgánico indisoluble.

### III.—LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES DEL DELITO

Dentro de la doctrina, se ha estimado en función del número de elementos que integran el delito, en base a la concepción analítica, aquella que va de una teoría dicotómica o bitómica, tritómica o trié-

---

(7) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 249, México 1969.

dica, tetratómica, pentatómica, exatómica y heptatómica y así se habla del aspecto positivo y su correlativo aspecto negativo.

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
Conducta o hecho	Ausencia de conducta o hecho
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de licitud
Imputabilidad	Inimputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Condiciones objetivas	Ausencia de condiciones objetivas
Punibilidad	Excusas absolutorias

De acuerdo con el esquema anterior, es preciso tener en cuenta la prelación lógica existente para su estudio dogmático, dentro de lo que se llaman notas esenciales del delito.

#### IV.—EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

El elemento objetivo o material del delito constituye el punto de partida dentro del ilícito penal; es la base en que descansa el delito que a nuestro parecer viene a significarse a través de la conducta o hecho, cuya distinción radica en llamar conducta para aquellos delitos cuyo resultado sólo es jurídico y hecho en relación a los delitos que ciertamente tienen un resultado jurídico a la vez que material, esto es, da lugar a una mutación en el mundo de los fenómenos, o como sostiene CELESTINO PORTE PETIT: "Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo integran una conducta o un hecho humanos, y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito. Por ello, Antolisei ha dicho que 'el delito es ante todo —acción humana—; que el fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, nunca puede constituir delito, y que sea la acción, el delito no es concebible' (L'azione e l'evento nel reato,

p. 11, Milano 1928. La acción y el resultado en el delito, p. 21 trad de José Luis Pérez Hernández. Ed. Jurídica Mexicana, México 1959) 'Primordialmente todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena. No se puede llegar a determinar el concepto de delito, sin referirse a la característica acción' (Graf Zu Dohna La estructura de la Teoría del delito, pág. 14, 4a. Ed.)" (8).

De acuerdo a lo anterior, estimamos más acertada la terminología conducta o hecho para designar al elemento objetivo o material del delito, ya que se trata del comportamiento del hombre mediante una acción u omisión, en donde se puede distinguir entre aquellos delitos de mera conducta y de resultado material. No aceptamos el vocablo acto, en cuanto que es inadecuado en cuanto que a veces da lugar a la acción y en otras ocasiones, la acción, requiere de un conjunto de actos y por ende, habría dificultad para distinguir los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.

En relación al término acción, lo encontramos reducido para captar la omisión y por tanto, estimamos que la acción se presenta en los delitos de hacer, en tanto que la omisión en los de no hacer. En general, se precisan como elementos del hecho:

- a) La conducta como una manifestación de la voluntad.
- b) Un resultado, y
- c) Una relación de causalidad.

La conducta como manifestación de la voluntad, abarca la acción como la omisión, esto es, la conducta positiva como la negativa, que da lugar al querer del agente del delito y que el delito deriva de una conducta humana, la que en última instancia puede ser dolosa o culposa. Por cuanto al resultado comprende la total realización típica, que da lugar al efecto natural del acontecer hu-

(8) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 287. México 1969.

mano, o bien, la modificación en el mundo de los fenómenos, que como afirma Celestino Porte Petit: "En realidad, se impone la necesidad de aceptar que la modificación del mundo exterior puede ser física, anatómica, fisiológica, psíquica o económica, y sus resultados todos ellos, quedan incluidos en el concepto de resultado material o mutación en el mundo exterior". (9) En cuanto al problema de la causalidad, que viene a establecer un enlace entre la conducta y el resultado, esto es una conexión entre ambos que solo se da en los delitos de resultado material, quedando excluidos los delitos de mera conducta y que conforme a nuestro Ordenamiento Punitivo, la causalidad solo tiene cabida en el homicidio que se contempla en los artículos 303 a 305.

#### V.—LA AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO

Frente al elemento objetivo o material del delito tenemos su inexistencia como aspecto negativo del delito en razón de tal elemento, es decir, se encuentra ayuna la voluntad; advertimos una situación impuesta por causas ajenas. Así tenemos como hipótesis de ausencia de conducta: la fuerza física irresistible, o vis absoluta, la fuerza mayor o vis maior, los movimientos reflejos y los movimientos fisiológicos, en donde encontramos la falta de voluntad; sin embargo se han considerado otras cuestiones dentro del aspecto negativo que nos ocupa, que para otros impone ubicarlas dentro de la inimputabilidad, esto es, el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo. Ahora bien, dada la naturaleza de la ausencia de la conducta o hecho, se afirma que el individuo actúa como un mero instrumento, o lo que es lo mismo, sin voluntad que da lugar a la inexistencia del delito y que atento nuestro Código Penal, solo se contempla en la fracción I del artículo 15 del Código Penal la primera de las hipótesis mencionadas, pero que las restantes bien pueden hacerse valer del pro-

(9) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 327, México, 1969.

pio contexto del artículo 7o. del propio Ordenamiento. (10)

## VI.—TIPICIDAD

Hacer referencia a la tipicidad como elemento del delito, impone hacer referencia al tipo como presupuesto general del delito que da lugar a la fórmula “nullum crimen sine tipo”; así es pertinente decir que una vez que se da la existencia de la conducta o hecho, es incuestionable el examen de si ese elemento objetivo o material, es acorde al tipo; de tal suerte que para que el delito acontezca se precisa de una conducta o hecho. Se ha dicho que si una conducta es típica es un indicio de que sea antijurídica. Por su parte Luis Jiménez de Asúa, sostiene que la tipicidad es “la descripción legal, desprovista de carácter valorativo” y que “el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”. (11)

---

(10) CELESTINO PORTE PETIT, expresa: “El artículo 7o. del Código Penal en vigor determina que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Bastará pues, el conocimiento dogmático que se tiene del delito, para llegar a la conclusión de que la fracción I del artículo 15 se refiere a una hipótesis del aspecto negativo del mismo. Podemos señalar a este respecto dos puntos de vista: a) El de aquellos que como Jiménez de Asúa sostienen lo innecesario de reglamentar la vis absoluta, y b) El que quienes piensan que es indispensable hacer referencia a este aspecto negativo del delito en el Código Penal, como Garcilópez y Ripollés. Somos de opinión que no es necesario mencionar en el Código Penal la vis absoluta, pero en caso de hacerlo debía también aludirse no solamente a la vis absoluta, sino a todas aquellas hipótesis de ausencia de conducta como lo establece el proyecto de Código Penal, Tipo para la República Mexicana, y no limitarse, como el Código de 31 a la vis absoluta, con la circunstancia además de emplear una redacción poco acertada”. (Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, págs. 415, 416, México, 1969).

(11) La Ley y el Delito, pág. 293. 6a. Ed. Buenos Aires, 1973.

Dentro de la evolución del delito, destaca la tipicidad y por consiguiente dentro de los elementos del delito, destaca el dato relativo a que un sujeto puede llevar a cabo una conducta ilícita a la vez que provista de dolo o culpa, esto es, culpable y no cometer delito en cuanto que no se adecúa a ninguna descripción de la ley Sustantiva. Debemos pensar que la tipicidad no tiene un enfoque hacia los elementos materiales del tipo, es decir, a la descripción meramente objetiva, ya que en ocasiones encuentra acomodo a otros elementos, esto es, normativos o subjetivos. Por ello es preciso atender al precepto en su exacta dimensión, o como afirma Celestino Porte Petit: "La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto, recordemos las hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elemento material: estupro (elementos objetivo-normativo); atentados al pudor (elementos objetivo del injusto) y abuso de confianza o robo (elementos objetivos, normativo y subjetivo del injusto)". (12)

En fin que respecto de la Tipicidad, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto: "Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, rave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y conse-

---

(12) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, págs. 471-472, México, 1969.

cuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos". (Semanao Judicial de la Federación, CXVII, p. 731).

## VII.—LA ATIPICIDAD

La atipicidad da lugar al aspecto negativo de la tipicidad, esto es, la conducta no se adecua al tipo legal. Es de importancia establecer en relación a la cuestión que nos ocupa que la ausencia de tipo representa un aspecto negativo del delito, es decir, falta uno de los elementos conceptuales del ilícito que es distinto a lo que viene a constituir la atipicidad pues en esta la conducta no se amolda al precepto legal, o sea, no hay una identificación entre la conducta y la norma que establece el delito. Podemos encontrar que una conducta aparentemente se acomoda a la descripción de un determinado ilícito, pudiendo faltar alguna referencia que el propio tipo exige para poder hablar de delito. En otros casos hay una total ausencia de adecuación a la norma y por consiguiente en razón de lo dispuesto por el artículo 7o. del Código Penal aquellos actos u omisiones que no esten descriptos en la Ley o que no encuadren en la misma, serán atípicos.

## VIII.—LA ANTIJURIDICIDAD

En realidad siempre se ha dado un concepto negativo de la antijuridicidad y por ende será antijurídica una conducta que siendo típica no se encuentra protegida por una causa de licitud. No se ha encontrado el concepto adecuado sobre la antijuridicidad. Ya se ha señalado en principio al tipo como una mera descripción y que el paso siguiente es darle al delito su significado valorativo esto es, la antijuridicidad, pero como juicio de disvalor, en otros términos, de contenido desaprobador en donde se menoscaban bienes jurídicos. Se ha tratado de explicar la antijuridicidad recurriendo a la violación de la norma de cultura y es que el orden jurídico tiene un enfoque hacia el orden de cultura y de esta forma se crea lo anti-jurídico; de tal suerte que las normas de cultura van dirigidas hacia la sociedad; pero podemos decir que las normas de cultura quedan fuera del ámbito jurídico. Por otra parte, desde el punto de

vista de la doctrina, se sostiene que el derecho es una ordenación objetiva de vida y por tanto, cuando se viola ese derecho, se está actuando antijurídicamente, es decir, contradice una regla de observancia general de tal suerte que, la antijuridicidad desde el punto vista subjetivo da lugar a la simple violación de la norma.

### IX.—LAS CAUSAS DE LICITUD

Vienen a significar las causas de licitud el aspecto negativo de la antijuridicidad y por tanto una conducta podrá ser típica, más no antijurídica, es decir, no son contrarias a derecho. Así tenemos que el bien jurídico se ha violado y sin embargo la norma le da el carácter de letimidad en donde no ha existido ofensa, precisamente a la norma. Se señalan como casos de licitud: 1) la legítima defensa, entendida como aquella conducta necesaria y proporcional para repelar una agresión actual y contraria al derecho; 2) el estado de necesidad cuya esencia radica en la colisión de bienes igualmente legítimos y que da cabida dentro de esa colisión a que se salvaguarde uno de mayor valor que otro, o bien, a que se salve uno de igual valor que otro; finalmente, que se salve uno de menor valor que otro. De las 3 cuestiones mencionadas, en la primera se trata de una causa de licitud; 3) cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. Sobre esta cuestión diremos que existe bastante similitud entre ambas hipótesis; ciertamente ambos nacen del propio ordenamiento legal; la cuestión primordial la encontramos en que el cumplimiento es obligatorio y la omisión del mismo da lugar a un delito, en tanto que el ejercicio de un derecho es facultativo; 4) impedimento legítimo. Aquí se trata de dejar de cumplir con el deber, que la ley permite, omitiendo lo que está obligado a hacer, es decir, se excusa la omisión.

### X.—LA IMPUTABILIDAD

Hablar de la imputabilidad es una cuestión sumamente debatida en el campo de la doctrina; la idea más aceptada es aquella en que se estima que no es un elemento del delito, sino que se sitúa la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad y es que para ser culpable, se precisa ser imputable. Es por tanto la imputabilidad la capacidad de obrar conforme a derecho penal, es decir, capacidad intelectual y volitiva. En tanto que la incapacidad, o sea, la imposibilidad de querer y de entender, da lugar al aspecto ne-

gativo de la cuestión que nos ocupa en cuanto que falta el desarrollo y salud mentales de tal suerte, que se han estimado como casos de inimputabilidad los trastornos mentales transitorios y permanentes, el miedo grave, la sordomudez y la minoría de edad. Sin embargo, tenemos que la verdadera causa de inimputabilidad se contiene en el artículo 15 fracción II del Código Penal en donde se expresa: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad: Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

## XI.—LA CULPABILIDAD

La culpabilidad es uno de los elementos esenciales del delito, o como dice Luis Jiménez de Asúa en referencia a la culpabilidad: "Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (13) Es importante que la culpabilidad no debe contenerse en los Ordenamientos Penales y son dos teorías las que fundamentan la culpabilidad; la teoría psicologista y la normativista. En cuanto a la primera se sostiene que la culpabilidad radica en que el sujeto actúe voluntariamente como comportamiento psíquico que la ley penal exige en el autor material de un delito, en tanto que la segunda da lugar a la reprochabilidad de la conducta asumida por el sujeto del delito.

Dentro de las formas de la culpabilidad, encontramos en primer término al dolo que se funda en el elemento psicológico de la voluntad y en la representación, o como afirma Edmundo Mezger: "Actúa dolosamente el que conoce la circunstancia del hecho y la significación de su acción y admitido en su voluntad el resultado". (14)

(13) La Ley y el Delito, pág. 444, 6a. Ed. Buenos Aires, 1973.

(14) Tratado de Derecho Penal, Tomo II, parágrafo 42, pág. 91, 2a. Ed. Madrid, 1935.

La segunda forma de la culpabilidad se significa a través de la culpa. Por tanto de acuerdo con la idea de Edmundo Mezger: "Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado". (15) Como mera referencia la culpa tiene como base diversas teorías, como la de la previsibilidad de Carrara, la de la presivilidad y evitabilidad de Brusa; la del uso de los medios anormales a la idea del derecho de Stoppato y la psicosociológica de Angiolini, modificada por Enrico Altavilla.

Existen dos clases de culpa: una que se llama sin representación, sin previsión o inconciente y la otra con representación, con previsión o conciente. La primera consiste esencialmente en no prever aquello que sea previsible y la segunda en que habiéndolo previsto, se tiene la esperanza de que el resultado no acontezca.

## XII.—LA INCULPABILIDAD

Ante este aspecto negativo del delito, se hace palpable el principio "nullum crimen sin culpa". Destaca principalmente en la inculpabilidad, que la conducta no le es reprochada al sujeto, bien sea por un error o por no podersele exigir otro modo de actuar; además las causas de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva. Diríamos que destaca en primer lugar el error que adquiere igual relevancia que la ignorancia, en donde hay falta absoluta de representación, o bien supone una idea falsa, en donde podemos distinguir que en la ignorancia hay falta completa del conocimiento, en tanto que en el error hay un conocimiento falso. De importancia es precisar que el error de hecho origina consecuencias jurídico penales y que se divide en esencia e inesencia: en aquel se destruye el juicio de reproche por ser esencial e insuperable; en tanto que el segundo, también llamado error accidental comprende el aberratio ictus, el aberratio in persona y el aberratio delicti. Por otro lado, las eximentes putativas tienen lugar cuando un individuo actúa teniendo una creencia falsa y por ende, se hace palpable el error que obviamente destruye el do-

---

(15) Tratado de Derecho Penal, parágrafo 12, nota 1, pág. 171. Ed. Madrid, 1935.

lo y es aquí en donde el juez jurista debe apreciar la conducta que siendo típica y antijurídica, está ayuna de dolo.

### XIII.—PUNIBILIDAD

Como corolario a las cuestiones anteriores, la pena es en realidad el mal que el juez impone al delincuente en razón del delito cometido por el menosprecio al orden jurídico, que debe ser adicionada y proporcional al delito cometido. Dentro de la punición nos dice Franz Von Lizt: "La pena representa una grave lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad, o el honor del delincuente". (16) Así debemos señalar que uno de los fines supremos del Estado es mantener un orden social en donde los delincuentes irrumpen ese orden, poniendo en peligro o destruyendo bienes jurídicamente tutelados y se ha estimado la pena como un medio adecuado para que el Estado cumpla con su misión de una sociedad ordenada jurídicamente; por tanto, una medida que esté en desacuerdo a la propia personalidad del autor de un delito, sería una medida arbitraria. En fin, se encuentran situaciones en las que se hacen palpables los elementos del delito y aun cuando éste subsista, por razones de utilidad pública se llega a excluir la pena, lo que lleva al Estado a hacer a un lado el *ius puniendi* y por tanto, nos encontramos frente al aspecto negativo de la punibilidad que son las excusas absolutorias.

---

(16) Tratado de Derecho Penal, Tomo III pág. 197.

## CAPITULO SEGUNDO

- I. COLOCACION SISTEMATICA DE LA TEORIA DEL CONCURSO.
- II. CONCEPTO.
- III. HIPOTESIS QUE SE PRESENTAN CON RELACION A LA CONDUCTA Y A LA LESION JURIDICA: 1) Unidad y pluralidad de delitos: a) Una conducta y una lesión jurídica; b) varias conductas y varias lesiones jurídicas, con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica; c) una conducta y varias lesiones jurídicas, sin unidad de propósito y con identidad o no de lesión jurídica; d) varias conductas y varias lesiones jurídicas con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, de bienes no disponibles.

## CAPITULO SEGUNDO

### I.—COLOCACION SISTEMATICA DE LA TEORIA DEL CONCURSO

La cuestión relativa al concurso de delitos encuentra su justo equilibrio con importantes cuestiones dogmáticas, pues da lugar a pensar que dentro del elemento objetivo, se precisa establecer la unidad o pluralidad del mismo; debe ahondarse dentro de la teoría de la ley penal y del delito para poder llegar a soluciones diversas y así deslindar el problema del concurso de delitos y el concerniente al concurso de normas.

Debe obviamente tenerse en cuenta que el concurso de delitos viene a significar el enlace entre la teoría del delito y la teoría de la pena. En razón de la problemática y la colocación sistemática de la teoría del concurso, nos refiere Edmundo Mezguer: "La teoría del concurso se ocupa en la pluralidad del enjuiciamiento jurídico-penal frente a una sola acción y en el enjuiciamiento jurídico penal frente a una pluralidad de acciones. Hasta ahora se ha tratado de la acción punible como tal, de su antijuridicidad, de la culpabilidad que yace en ella, de su tentativa, de la participación en ella de varias personas. La Sección quinta de la Parte Primera del Código, parágrafos 73 y siguientes, se titula en cambio: 'Concurrencia de varias acciones punibles'. Establece reglas, tanto para el caso de que una y la misma acción infrinja varias leyes penales (parágrafo 73), como para el caso de que existan varias acciones independientes (parágrafo 74). La ley muestra con ello que no sólo la acción, en sí considerada, sino también la pluralidad de sus referencias y el concurso de varias

acciones en uno y el mismo autor, plantean especiales problemas jurídico-penales". (1)

Cuando se ocupa de un tema, como el concurso de delitos, se está aludiendo a una contraposición al concurso de varias personas en un delito y es que la unidad o pluralidad del elemento objetivo, (conducta o hecho) tiene como base, la unidad o pluralidad de los resultados, por lo cual, aquélla debe considerarse como única si es uno sólo el resultado, y plural, si así es ese resultado.

Para encontrar la ubicación de la teoría del concurso de delitos, se impone una distinción genérica del llamado concurso ideal y real, pues en tanto que aquél se presenta la problemática en relación al tipo en éste la cuestión se debate en la medida de la pena. Así, Celestino Porte Petit, afirma: "Ahora bien, la colocación sistemática de la teoría del concurso no es inequívoca como certeramente lo afirma Edmundo Mezger (Tratado de Derecho Penal T. II, p. 308). El anteproyecto incluye en la teoría del delito los preceptos que regulan la naturaleza del concurso, y en el capítulo de aplicación de sanciones los que precisan la pena. Con la definición del concurso ideal, se rompe con aquel criterio que abarca además en su contenido: el cometer un delito como medio para la ejecución de otro. Encontramos que el sistema de punición en el concurso real de delitos, puede funcionar indistintamente con base en el criterio de la absorción, de la acumulación jurídica o intensiva o de la acumulación material, y el concurso ideal con de la absorción o acumulación jurídica". (2)

Como corolario de lo anterior, bien pudiera decirse que no es certero referirse a una concurrencia de acciones en un tipo, sino a un concurso de tipos en una acción, que viene a significar lo que es el concurso formal o ideal, que da cabida a una cuestión de índole dogmática que interesa a la disciplina penal, pues no se trata como en el concurso real, a una cuestión relativa a la teoría de la pena.

## II.—CONCEPTO

- 
- (1) Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Pág. 308).  
 (2) La Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949. Nota 9, págs. 145, 146, Ed. Ruta, 1951.

Cuando hay concurrencia de delitos en una sola persona, y dado que el delito es un ente jurídico integrado por elementos propios del mismo, nos hace reflexionar que habrá tantas veces un ilícito penal, cuando se integren los elementos de cada tipo en particular, siendo estos distintos; de tal suerte, que se hablará de concurso si se han cometido varias conductas (acciones u omisiones) que hayan originado varias lesiones jurídicas, pudiendo presentarse los siguientes casos:

- a) Una conducta que ocasiona una sola lesión jurídica.
- b) Una conducta que ocasiona varias lesiones jurídicas.
- c) Varias conductas que ocasionan una lesión jurídica, y

Interesa para los efectos del tema central de este trabajo, la hipótesis b), en donde apreciamos una unidad de conducta con una correspondiente pluralidad de lesiones jurídicas, siendo aquí donde cobra relevancia la teoría del concurso de delitos, ya que esa variedad de conductas se unen de un modo formal, o bien ideal, que la doctrina llama concurso, precisamente, ideal o formal. Es de importancia en la hipótesis c), destacar las conductas plurales y unidad de lesión jurídica y es en este caso donde cobra vida el delito continuado y en el último caso, o sea, la hipótesis d), advertimos conductas plurales y lesiones jurídicas plurales, se habla aquí de concurso de delitos, que se ha denominado real o material, pero bien pudiera estimarse que el sujeto delincente ya hubiera sido condenado por sentencia ejecutoria y comete un nuevo delito haciéndose palpable una cuestión de vivo interés como es la reincidencia.

En fin, Fernando Castellanos, refiere: "En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal o material". (3) Simplificando esta cuestión, la problemática del concurso ha lugar cuando un sujeto lleva a cabo diversos ilícitos, bien sea por conductas distintas, bien sea cuando con una sola conducta producen

(3) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 6a. Edición, pág. 271 Ed. Porrúa 1971.

varios resultados delictivos y que en criterio de Vincenzo Cavallo, nos dice: "Así como varias personas pueden concurrir en la comisión de un sólo delito, así también una sola persona puede cometer varios delitos. En este segundo caso se verifica el concurso de delitos, el cual se presenta cuando una sola persona comete, con una o varias acciones diversas violaciones a la Ley Penal". (4) Dada la cuestión relativa al concurso ideal formal y al real o material, debemos establecer que a la comisión de un delito corresponde una sanción pero si nos encontramos en presencia de más de un delito, ciertamente debe haber más de una sanción, o bien, una sanción diversa de la que corresponde a un sólo delito. Concluimos con Ignacio Villalobos: "Se dice que hay un concurso de delitos cuando la responsabilidad por dos o más de ellos recae sobre un mismo agente que los ha cometido". (5)

### III.—HIPOTESIS QUE SE PRESENTAN CON RELACION A LA CONDUCTA Y A LA LESION JURIDICA

La cuestión relativa a la unidad y pluralidad de delitos da lugar a resolver las situaciones inherentes al instituto del concurso, para establecer cuando el elemento objetivo se significa a través de un delito, o bien, de varios, o como piensa Raúl Carrancá Trujillo, al expresar: "Los problemas del concurso derivan de la conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de los diversos resultados obtenidos a virtud de ello. La primera hipótesis que se ofrece es la de la unidad de la acción y del resultado; pero pueden darse unidad de acción y pluralidad de resultados, pluralidad de acciones y unidad de resultado y pluralidad de acciones y pluralidad de acciones y de resultados, incriminales todas en cuanto a un mismo sujeto". (6)

Habiendo hecho mención al concepto de concurso de delitos, ello da lugar a examinar las diversas hipótesis que se presentan en el mismo, y es incuestionable que la conducta que ocasiona varias

---

(4) Derecho Penal, Tomo III pág. 797, Napoli, 1955.

(5) Derecho Penal Mexicano. Parte General, 2a. Edición pág. 485 Ed. Porrúa, 1960.

(6) Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 501, 1976.

lesiones jurídicas, y la variedad de conductas que ocasionan varias lesiones jurídicas, dan cabida a reflexionar sobre situaciones diversas que más adelante analizaremos. Sin embargo, no podemos dejar a un lado aun cuando sea como mera referencia, que en la vida cotidiana se da la unidad de conducta así como la pluralidad de conducta, y sobre este vocablo, Luis Jiménez de Asúa, pretendiendo dar una terminología más adecuada al hablar del elemento objetivo, nos dice: "Debería distinguirse el hecho, que es todo acaecimiento de la vida, venga o no de la mano del hombre, del acto, que es la conducta humana con concreta relevancia jurídica, y de la acción, que es la forma positiva de hacer del acto humano, contrapuesta a la omisión, pudiendo emplearse en sentido estricto con este significado, o *latu sensu*, en cuyo caso se identificaría al acto". (7) Criterio el anterior, que no compartimos, ya que el vocablo "acto" viene a entrañar un término sumamente restringido, pues en ocasiones una serie de actos vienen a formar una acción y si el señalado vocablo da lugar a pensar en el hacer positivo, no puede invocarse en manera alguna para significar la omisión. Además, cómo se distinguirían los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, esto es, aquellos que se llevan a cabo mediante un sólo acto y aquellos que requieren de varios actos. El autor español aludido y en base a su pensamiento, clasifica las cuestiones derivadas de la unidad y pluralidad de delitos en la forma siguiente: "a) Unidad de acción y unidad delictiva (delito instantáneo, delito complejo, delito permanente, etc.). b) Pluralidad de hechos, considerados jurídicamente como una sola acción, y unidad de delito (delito continuado). c) Unidad de acción y pluralidad de lesión jurídica (concurso ideal) d) Pluralidad de acciones y pluralidad de delitos (concurso real)". (8)

Dadas las hipótesis enunciadas, se hará el estudio correspondiente:

#### 1.—Unidad y pluralidad de delitos:

a) Una conducta y una lesión jurídica. Esta cuestión, viene a entrañar una sola conducta o hecho a través de un acto o una omisión,

(7) La Ley y el Delito, pág. 527, 6a. Ed. 1973.

(8) La Ley y el Delito, pág. 527, 528, 6a. Ed. 1973.

y se refiere al delito instantáneo; por tanto, al no conformarse un concurso, viene a ser ajeno al tema central que nos ocupa, ya que en realidad lo que nos interesa es la problemática en donde puede darse la unidad de conducta y la pluralidad de resultados, o bien, la pluralidad de conductas y la pluralidad de resultados y que ello gira fundamentalmente en torno de un mismo sujeto, ya que en relación a aquélla. Giuseppe Maggiore, afirma: "Se configura en ella el caso típico del delito instantáneo: dar muerte mediante un sólo tiro o una sola puñalada, robar mediante la sustracción de un sólo objeto. Naturalmente la unidad de la acción no desaparece aun en el caso de que la acción esté compuesta de varios actos, como matar con varios disparos, o robar introduciendo varias veces las manos en el bolsillo ajeno. Este es el caso, puesto como ejemplo por Carrara, del que ultraja el pudor con la reiteración de los actos obscenos o del que roba frutas con apoderamientos sucesivos". (9)

b) VARIAS CONDUCTAS Y VARIAS LESIONES JURIDICAS, CON UNIDAD DE PROPOSITO E IDENTIDAD DE LESION JURIDICA. En esta hipótesis, da lugar al llamado delito continuado, cuyos elementos son de naturaleza objetiva como subjetiva, siendo los primeros la pluralidad de conductas y la unidad de precepto penal violado y el segundo, la unidad de propósito delictivo, o bien, como refiere Raúl Navarro García: "En conclusión, podemos decir que en virtud de la unidad de propósito criminoso (elemento subjetivo) las diferentes conductas consideradas aisladamente como delitos por sí mismas, se unifican y conforman una sola infracción; es más, ese elemento subjetivo hace aparecer las diversas conductas como una sola". (10) Creemos que el delito continuado, es una cuestión diferente al concurso de delitos, sea real o ideal, así como a la reincidencia y es en la unidad o pluralidad de delitos y en orden a la tipicidad, donde a de hacerse el distingo de los comportamientos anti-jurídicos, como sostiene Mariano Jiménez Huerta: "El fenómeno de la continuidad delictiva enraiza en la propia naturaleza orgánica de

(9) Derecho Penal, Tomo II Pág. 154 y 155. Ed. Temis Bogota 1954.

(10) El Delito Continuado, pág. 25 México, 1962.

los acontecimientos fácticos y entre en dinámica función en el instante de adecuar los hechos al tipo penal". (11) Aun cuando se ha estimado que el delito continuado es una ficción, es más importante señalar que en virtud de su integración natural y jurídica, da lugar a conductas principales típicas y que a propósito de la naturaleza jurídica del delito continuado, el pensamiento de Raúl Navarro García, se desenvuelve así: "Para nosotros, la tesis adecuada en relación a la naturaleza del delito continuado es la que lo concibe como una pluralidad de conductas, sin existir concurso, como se ha dicho, en virtud de lo denominado por los autores italianos como "designio criminoso" (unidad de propósito), entrañando entonces una unidad jurídica. Por esa razón, no nos parece correcta la afirmación de ser el delito continuado una ficción jurídica, querida por la ley, como suponen los partidarios de esta teoría, pues si la propia ley no hubiera asignado a este elemento eficacia unificadora, estaríamos frente a un concurso material de delitos, constituido por la reiteración de la misma conducta delictuosa; como lo hemos dejado asentado anteriormente, la naturaleza ficticia del delito continuado la fundamentan sus adeptos en el hecho de su origen, sin otro objeto que el de favorecer al responsable de tres hurtos consecutivos, acreedor entonces a la pena de muerte. Pero obviamente, quienes así pensaban, lo hacían para evitar una aplicación rigorista y excesiva de la ley. Creemos innecesario recurrir a una ficción para configurar el delito continuado, pues aun cuando las conductas son varias, éstas se unifican por un solo propósito; elemento psicológico éste, símbolo de unidad delictiva y jurídica, aunque desde un punto de vista material, se integren separadamente. Descansa entonces la naturaleza del delito continuado en la existencia real de conductas homogéneas, jurídicamente unificadas". (12)

c) UNA CONDUCTA CON VARIAS LESIONES JURIDICAS, SIN UNIDAD DE PROPOSITO Y CON IDENTIDAD O NO DE LESION JURIDICA. A fin de dar un trato adecuado a la doctrina del concurso de delitos, se llega a establecer que una conducta puede

(11) La Tipicidad, pág. 220, México, 1955.

(12) El Delito Continuado, pág. 37, México 1962.

ser sometida a una valoración múltiple, lo que da lugar cuando la acción o la omisión se producen en forma repetida por resultados equivalentes o equidistantes. Empero, es de suma importancia una cuestión que más adelante ha de analizarse, con el fin de poder separar, lo más adecuadamente posible, el concurso ideal, con el denominado concurso o concurrencia de normas incompatibles entre sí y que dentro de la doctrina, se ha llamado también, concurso ideal aparente; por ello, para dejar sentado una base jurídica en relación al denominado concurso ideal, este se presenta cuando con una sola conducta se violan varias disposiciones penales compatibles entre sí. Este concurso puede presentarse con identidad de lesión jurídica, lo cual significa que la conducta queda lugar a una connotación típica plural, puede contraerse a la misma disposición penal; en tal caso, cuando se presenta esta cuestión, el concurso ideal se denomina homogéneo; pero bien, puede darse el caso en que la conducta, cumple repetidamente resultados en orden a tipos diversos, y es a esto a lo que se llama concurso ideal heterogéneo, para dejar sentada una base aún cuando con antelación, nos hemos referido al término conducta, somos partidarios de la conveniencia de utilizar el término hecho, puesto que aquél resulta en realidad restringido para invocar aquellos delitos cuyo resultado es material, esto es cuando da lugar a una mutación en el mundo de los fenómenos.

d) VARIAS CONDUCTAS Y VARIAS LESIONES JURIDICAS CON O SIN UNIDAD DE PROPOSITO E IDENTIDAD DE LESION JURIDICA. Cuando el agente realiza más de una conducta delictiva de igual o distinta naturaleza, ejecutada en actos distintos, que no se haya pronunciado separadamente sentencia firme y la acción para perseguirse no esté prescrita, se estará frente a un concurso real o material de delitos. Es en esta hipótesis donde advertimos una auténtica pluralidad de delitos independientes y que Sebastián Soler, nos dice: "La pluralidad de delitos que constituye el concurso real responde, en principio, al precepto *quot delicta tot poenae*". (13) Al igual que en el concurso ideal, también se obser-

---

(13) Derecho Penal Argentino, Tomo II, pág. 314. Buenos Aires, 1967.

va que este concurso puede ser homogéneo o heterogéneo, bien sea porque la violación diversa de cabida a tipos idénticos, o bien, se trate de una diversidad de figuras típicas y que ahora apuntamos que el concurso real o material, tiene cierta semejanza con el delito continuado, más cabe expresar en la frase significativa a que Raúl Navarro García, se refiere en su cátedra que: "No es igual cometer delito continuado, que continuar cometiendo delitos".

Atento lo anterior, precisamos que la nota esencial del concurso real delictual, es la independencia de las conductas o hechos realizados, que dan lugar a resultados diversos, con completa autonomía en su estructura. Empero, lo anterior viene a significar un criterio opuesto en razón del delito continuado, que ciertamente repercute en la punición, en donde a pesar de la multiplicidad de delitos, se considera atento el elemento subjetivo, dado el propósito delictivo como un único delito. Por consiguiente, la distinción entre el concurso real y el delito continuado la encontramos en el parecer de Raúl Navarro García, al exponer: "Enunciado lo anterior, podemos indicar las siguientes diferencias entre el delito continuado y el concurso real o material: en el primero, hay unidad de propósito, unidad de precepto penal violado y unidad u homogeneidad en la lesión jurídica; no así en el concurso real, donde no hay jamás unidad de propósito delictivo y la lesión jurídica puede ser igual o distinta, situación que no es irrelevante para el delito continuado. Resumiendo, encontramos en el delito continuado una conducta reiteradamente delictuosa, donde las acciones u omisiones son múltiples pero única la lesión jurídica, con unidad de tipo básico. Sin olvidar que el delito es continuado en la conciencia, pero discontinuo en la ejecución. Aún cuando, se puede afirmar que si no hubiera unidad de propósito, tratándose de pluralidad de conductas, estaríamos en presencia de un concurso real". (14)

---

(14) El Delito Continuado, pág. 82, México, 1962.

### CAPITULO TERCERO

- I. UNIDAD DE CONDUCTA Y DE LESION JURIDICA.
- II. PLURALIDAD DE CONDUCTAS Y PLURALIDAD DE LESION JURIDICA, CON UNIDAD DE PROPOSITO E IDENTIDAD DE PROPOSITO E IDENTIDAD DE LESION JURIDICA. (DELITO CONTINUADO).
- III. UNIDAD DE CONDUCTA Y PLURALIDAD DE RESULTADOS.

## CAPITULO TERCERO

### I.—UNIDAD DE CONDUCTA Y DE LESION JURIDICA

En esta primera cuestión, vamos a hacer referencia a aquella situación en que una sola conducta o hecho, ocasiona una lesión jurídica y aún cuando estemos en presencia de un delito unisubsistente o plurisubsistente, lo que equivale a señalar que el delito puede cometerse en un solo acto, así como en varios, da lugar a pensar en el delito instantáneo, o bien, en el permanente o continuo y hasta en el complejo. Es pertinente, antes de hacer una somera referencia a estos delitos por su resultado, que en orden a la conducta. Ricardo Abarca, nos expresa: "La unidad de la acción resulta del conjunto de los hechos necesarios para integrar la especie del delito. Puede ocurrir que para esto baste con un hecho simple, como en el robo de un reloj; el apoderamiento del objeto no requiere sino de un acto. En este caso la simplicidad jurídica de la acción corresponde a la unidad lógica y real de la misma. Pero puede ocurrir también, que el delito requiera actos diversos. En el fraude de la fracción I del artículo 386 se requiere una acción de engaño y otra de obtener lucro, sirviendo la primera de medio para la segunda; lógicamente son dos acciones diversas; jurídicamente constituyen una acción sola constitutiva de fraude, porque la unidad de la acción, en la técnica penal, se determina por la especie delictiva y es independiente de la diversidad de acciones que pueden distinguirse lógicamente. Puede ocurrir que la unidad de la acción dependa de la unidad del resultado, aunque físicamente se distingan diversos actos, cada uno de los cuales aisladamente, constituiría delito y tendría su propio resultado. Si un in-

dividuo ataca a otro y le infiere cinco o seis heridas, el resultado debe considerarse como único, presentando los aspectos de las diversas lesiones inferidas, cuyo conjunto puede producir también la muerte. Puede suceder también, que una lesión ponga en peligro la vida y otra deje cicatriz perpetuamente notable; conforme al artículo 293 del Código Penal, (sic) ambos daños influyen en la determinación de la acción que es presupuesto de la pena. Estas conclusiones, sufren excepción cuando se cometen las lesiones o el homicidio en un tumulto conforme a lo establecido por los artículos 296 y 309 del Código Penal. En el caso de varios delincuentes que durante una noche se dedican al saqueo de un almacén, es natural que el robo de toda la mercancía, resultado externo del robo cometido, se ejecute a través de múltiples apoderamientos, por la imposibilidad física de que una sola persona es un solo movimiento, pudiera encerrar en sus manos toda la provisión del almacén; pero esta multiplicidad de la acción física, no modifica la unidad de la acción delictiva, porque objetivamente, es la necesaria para producir el resultado delictuoso en su totalidad" (1). Lo que debemos destacar, atento el criterio anterior, que atendiendo a la conducta, esta puede estar constituida por una acción, o bien, por una omisión, es decir, viene a significar el hacer o no hacer delictuoso y bien pudiera tratarse de un acto y que este venga a entrañar en sí la conducta, o de otra suerte, pueda fraccionarse la acción en varios actos, pero teniendo en consideración una unidad de intención. Creemos de importancia resaltar, que una actividad final, constituye un acto, o bien, varios actos y para ello tenemos que tener en consideración el concepto de acción que va a delimitar a un tipo concreto, individualizador de una conducta o hecho con determinada finalidad prohibitiva, y que es el hacer humano, el que habrá de indicarnos cuando hay una unidad o pluralidad de actos, ya que el tipo puede agotarse con un solo acto, o bien, con una pluralidad de actos que vienen a entrañar una acción; de otra forma establecido, el delito unisubsistente, no admite que la conducta se fraccione, lo cual no acontece en el delito plurisubsistente, cada uno de los actos, no constituye el ilícito penal, ya que es el resultado de actos perfectamente sepa-

---

(1) Derecho Penal en México, págs. 352, 353, 1944.

rados, o como sostiene Giuseppe Bettiol: "La acción se puede distinguir normalmente de varias maneras. Nosotros pensamos que es preciso distinguir la 'acción' como término genérico, complejo, unitario, de cada uno de los actos que pueden constituir la acción; actos que tienen una autonomía naturalística, pero que carecen de una nota de valor, cuando no se consideran en relación con el fin intentado por la acción. En relación con esta posibilidad de distinción, los delitos se distinguen en unisubsistentes y plurisubsistentes. Los primeros no admiten un fraccionamiento de la acción en varios actos, sino que la acción delictuosa, y por tanto el delito, es consumado tanto pronto como 'único actu' el agente haya manifestado su voluntad delictuosa (por ejemplo, delito de injuria que se perfecciona con la simple pronunciación de la palabra injuriosa); mientras que los segundos admiten un fraccionamiento de la acción o del proceso ejecutivo del delito en varios actos distintos, de modo que la acción puede también detenerse *in itinere* y dar lugar a la figura de la tentativa (por ejemplo, el homicidio requiere un proceso ejecutivo escindible en en varios actos). Tal distinción de los delitos es importante porque en relación a los delitos plurisubsistentes surgen varios problemas: el de la tentativa, del lugar y del tiempo de delito cometido, y así en adelante. Los delitos *qui unico actu perficiuntur* (que son ejecutados con un solo acto), son delitos de acción, esto es, delitos que bajo el perfil del hecho se concretizan en una acción, independientemente de todo resultado que pueda originarse, mientras que los delitos de ejecución compuesta son casi todos delitos de acción y de resultados". (2)

Se había mencionado dentro de esta unidad de delito, que equivale a tener en cuenta a que con una sola conducta o hecho, se ocasiona una lesión jurídica, siendo aquí donde encontramos el delito instantáneo el cual se consuma en el momento mismo de su perpetración. No podemos dejar a un lado las teorías en que se funda la instantaneidad y a los cuales hace referencia Celestino Porte Petit, en los siguientes términos: "En realidad, los autores siguen dos ca-

(2) Diritto Penale, pág. 157. Palermo 1915, cit. por Celestino Porte Petit, Programa de la Parte General de Derecho Penal, pág. 291, 1968.

minos para definir el delito instantáneo: a) fundándose en la instantaneidad de la consumación, y b) basándose en la naturaleza del bien jurídico lesionado. a) En razón de la consumación. Para determinar si un delito es instantáneo, debemos enfocar la instantaneidad a la consumación. Bettioli con acierto sostiene que el carácter instantáneo del delito no se determina por la instantaneidad o no del proceso ejecutivo, sino por la de la consumación, observando a continuación que lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico puede perdurar en el tiempo. Debemos considerar como delito instantáneo aquel en que tan pronto se produce la consumación, se agota. b) Con base en la naturaleza del bien jurídico lesionado. Algunos autores se refieren para determinar la instantaneidad o permanencia del delito, a la naturaleza del bien jurídico lesionado. Así Bettioli, expresa, que en general son instantáneos aquellos delitos que tienen como objeto jurídico bienes destructibles. Sin embargo, la naturaleza del bien jurídico lesionado para distinguir un delito instantáneo de uno permanente no puede ser definitivo, porque como acertadamente observa Maggiore, 'este carácter no puede ser elevado, como algunos lo han hecho, a la categoría de un criterio absoluto de distinción entre el delito permanente y el instantáneo, no sólo porque no faltan ejemplos de delitos permanentes que se refieren a bienes destructibles (contrabando) sino porque no se entiende como puede decirse que la libertad se destruye en el hurto, o la fe pública, en la falsedad, y que no se destruye la libertad en el secuestro de persona, o la fidelidad en el concubinato y la bigamia, etc'. (3) Pero también, ha lugar dentro de esa unidad delictiva a hacer mención al delito permanente o continuo, que da cabida a una persistencia en el resultado delictivo, es decir, se hace palpable el actuar delictuoso a través del tiempo y hasta diríamos ininterrumpidamente por un lapso más o menos largo. Asimismo, se habla del delito complejo y en razón de ello Luis Jiménez de Azúa, expresa: "A veces, la ley crea varios hechos, cada uno de los cuales puede constituir a su vez un acto delictivo y forma un título compuesto. Así, por ejemplo, el robo está

---

(3) Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, págs. 380, 381. Editorial Jurídica Mexicana 1969.

integrado por el apoderamiento, que constituye el delito de hurto, y por las violencias y amenazas. No se castigan separadamente ambos tipos legales —el hurto de un lado y las violencias y amenazas contra personas de otro—, sino que con ambas acciones se forma una acción nueva, que se llama robo. Lo mismo acontece con la violación, que está compuesta del ataque al pudor (las buenas costumbres) y por las violencias y amenazas. Por eso es absurda la denominada violación de prostituta, que algunos Códigos penales aprecian con mayor benignidad en la pena. Si la violación está formada por el ataque al pudor (a las buenas costumbres) y por las violencias y amenazas, es obvio que si el sujeto carece de ese bien jurídico —el pudor—, no podrá formarse el delito compuesto, que requiere que ese interés protegido por el Derecho sea ultrajado. La violación de prostituta no es otra cosa que una simple coacción”. (4)

Merece a nuestro entender, el ejemplo que cita el autor español un último término, la crítica en el sentido de que olvidó en razón del tipo, el bien, jurídico que se tutela esto es, la libertad sexual, pues de otra manera jamás se daría el delito de violación, tratándose de mujeres dedicadas a la prostitución.

## II.—PLURALIDAD DE CONDUCTAS Y PLURALIDAD DE LESION JURIDICA. CON UNIDAD DE PROPOSITO E IDENTIDAD DE LESION JURIDICA (DELITO CONTINUADO)

Nos ocuparemos ahora del delito continuado, en donde vamos a tratar la pluralidad de hechos y la unidad de delito. Empero, antes de hacer mención a los elementos que caracterizan el instituto del delito continuado y que en nuestro concepto, dentro de la doctrina penalística, adquiere relevancia preponderante; desde el punto de vista histórico, sus orígenes, datan de la Edad Media, con los llamados prácticos, y obviamente fue desconocido en un orden lógico descendente para el derecho canónico y para el derecho romano, y así nos refiere Raúl Navarro García: “Las ideas que precisan el desarrollo histórico del instituto del delito continuado no son uniformes

(4) La Ley y el Delito, pág. 523, 6a. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

y han suscitado polémicas. Sin embargo, podemos afirmar, y en esto están de acuerdo la inmensa mayoría de los autores, que el delito continuado era desconocido para el derecho romano, germano y canónico. Es en los prácticos italianos del medioevo (siglo XV y XVI), donde se sistematiza esta institución, por la consiguiente necesidad de encontrar recurso apto para mitigar la dura penalidad existente en la época y considerar una pluralidad de hurtos como un hurto único, evitando así consecuentemente la pena de muerte, establecida para tres hurtos aún cuando fueran simples". (5)

El delito continuado, nace a fin de aminorar ciertas penas excesivas para un mismo tipo de delitos que produzcan varias lesiones puesto que en el derecho germano se consideraba un acumulación de penas, atenta la pluralidad de conductas delictivas; de tal suerte, que Luis Jiménez de Asúa, nos dice: "Advierte Carrara que el delito continuado tiene su origen en la benignidad de los prácticos. Crea esta figura Farinacio para evitar que fuese ahorcado el ladrón después del tercer hurto. Así, dice el práctico italiano: No, hay varios hurtos, sino uno solo, cuando alguien robare de un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente, una o más cosas'. No hay exigencias de unidad de resolución, sino más bien de ocasión. Hay que partir de una verdad a nuestro juicio evidente: el delito continuado no es un caso de concurso de delitos, sino de delito único, una unidad real. Por eso, nosotros preferimos el silencio de la ley (como en España), a la formula legislativa, con expresión de muy controvertidos requisitos." (6)

La doctrina, ha dado cabida al delito continuado; expresión que ha sido generalmente admitida sin que se requiera de la unidad de medio, lugar, ocasión o sujeto pasivo; pero que también deben eliminarse aquellos bienes de naturaleza personal. En fin, que el delito continuado, ha adquirido valor técnico en donde es de trascendencia destacar la unidad criminosa y dentro del desarrollo histórico de una cuestión tan importante, se advierte, cómo una repetición de varios hechos delictivos va adquiriendo singular impor-

(5) El Delito Continuado, pág. 17. México, 1962.

(6) La Ley y el Delito, pág. 529, 6a. Edición, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1973.

tancia a través del tiempo y cuya situación notable se manifiesta, al expresar Raúl Navarro García: "En el decurso histórico contemplamos ya consagrada la institución de nuestro tema (delito continuado) y se extiende hasta lograr su tránsito de la doctrina, a las leyes, quedando regulado el delito continuado primeramente en la Ley Toscana de 1798 y en lo referente al hurto, después en el Código Penal de Baviera de 1813 y del Gran Ducado de Baden (Proyecto de 1836 y Código de 1845). Antes de la unificación en Italia sólo lo preveía el Código Toscano de 1853; se produjo entonces una serie de polémicas, hasta llegar a la fórmula de los Códigos Italianos; por otra parte el Código Sardo de 1859 únicamente lo mencionaba al tratar de la prescripción. Con posterioridad, fue aceptado en el proyecto Manzini de 1877 y pasó al Código Italiano de 1889". (7)

Una vez hecha una somera referencia al aspecto histórico de la pluralidad de conductas y unidad delictiva, se puede afirmar tratando de dar un concepto del delito continuado, que ha lugar al mismo, cuando existiendo pluralidad de conductas en orden a un mismo bien jurídico, fuera de la naturaleza personal, se lleva a cabo con un mismo designio criminal. De este concepto que hemos dado de delito continuado, desprendemos los elementos componentes del mismo: 1) una pluralidad de conductas; 2) una identidad de disposición penal violada, y 3) una unidad de designio criminal. De los elementos expuestos anteriormente, es pertinente hacer hincapié en que los dos primeros son objetivos y el último subjetivo.

En el delito continuado, es aspecto descolante la pluralidad de conductas; pero es oportuno recalcar que cada una de ellas debe colmar el tipo legal, y es que la importancia práctica de este instituto, radica en esas varias conductas que dan lugar a otros tantos delitos, o como sostiene Pillitu "La acción u omisión no es otra cosa que la actuación completa de la voluntad criminal en relación con el delito que el agente quiere cometer. Mientras que el acto no es más que un momento de esa acción, la parcial actuación de la voluntad criminal. En efecto, si al agente le fuera posible actuar en un solo acto no habría pluralidad de actos porque no sentiría esa nece-

(7) El Delito Continuado, págs. 23 y 24. México, 1962.

sidad. De modo que el que injuria a una persona pudiere con una sola palabra desahogar todo el rencor que acumula contra el enemigo, no sentiría la necesidad de pronunciar otra; y asimismo, el que roba el fruto de un árbol, si de una sola vez pudiera apoderarse de cuanto desea no sentiría la necesidad de tender su mano criminal por segunda vez". (8) Una mejor comprensión del elemento que estamos analizando, radica en que la pluralidad de conductas ha de llevarse a cabo en diversos momentos, y para tal efecto nos apoyamos en Luis Jiménez de Asúa, cuando refiere: "Según dijimos, hecho es el elemento simple de lo que acontecía en la vida o en el obrar del hombre, y acto o acción una serie de hechos que tienen cohesión entre sí por su convergencia a un telos inmediato. Matar de diez puñaladas (diez hechos de golpear con un cuchillo) es un solo acto o acción. La discontinuidad del tiempo es, como Carrara afirmó, esencial al delito continuado (las diferentes fechas)". (9) Sólo criticamos la postura del autor español, en cuanto que hace referencia al elemento objetivo del delito, con el vocablo acto, pues éste viene siendo un fragmento de la acción y en el delito continuado, la pluralidad de acciones, diríamos más bien de conductas o hechos, vienen a significar una pluralidad de resultados; de tal suerte, que Giuseppe Bettiol, piensa: "Por pluralidad de acciones se entiende, pues, una pluralidad de delitos. El sirviente que ha hurtado varias veces en perjuicio de su amo ha cometido varias acciones ejecutivas y, por consiguiente, varios delitos". (10) Empero, el autor citado da una idea más, que nos parece del todo convincente, pues se refiere asimismo, a la existencia de varios sujetos pasivos al exponer: "No quiere decir que para que haya delito continuado sea necesario que el sujeto pasivo de la infracción sea siempre el mismo. Los delitos continuados pueden cometerse en perjuicio de sujetos distintos. Ticio pudo haber hurtado en perjuicio

---

(8) Cit. por Raúl Navarro García, *El Delito Continuado* pág. 41, México, 1962.

(9) *La Ley y el Delito*, pág. 531, 6a. Ed. Buenos Aires, 1973.

(10) *Derecho Penal Parte General*, pág. 558, Editorial Temis, Bogotá, 1963.

de Cayo, de Mucio y de Sempronio, y los hurtos ser considerados en continuación. (11)

Por cuanto se refiere a la identidad del precepto penal violado, se ha estimado que las infracciones pueden ser de distinta gravedad, lo cual da lugar a pensar que puede tratarse de delitos simples y calificados, o bien, de tentativas y consumaciones siempre que queden encuadradas al mismo tipo legal, es decir, se refiere a todas aquellas normas típicas. En su esencia, esto es, al precepto oriundo del mismo. Al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni, advierte: "Similitud de la forma de realización (Unidad del injusto objetivo). Esta similitud u homogeneidad implica que puede haber un delito continuado de hurto simple y calificado, por ejemplo, no requiriéndose exactamente la violación del mismo precepto penal". (12) Cabe por otro lado, hacer mención, que puede darse la continuación sin que se trate de la misma disposición legal, a virtud de que se ha ampliado para hacer referencia, no al mismo tipo de delito, sino a un concepto más extenso, que implica una violación al bien jurídicamente tutelado, como cuando se lesiona en forma constante el patrimonio, es decir, Robo y Fraude, o bien, robo y abuso de confianza, en donde encontramos que el dominador común será el patrimonio y respecto a ello se dan opiniones encontradas. Tenemos al respecto que el autor señalado anteriormente nos dice: "Afectación del mismo bien jurídico. Si bien hasta con que las acciones sean homogéneas, se requiere además que el bien jurídico tutelado sea básicamente el mismo". (13)

Como tercer elemento, señalamos la unidad de designio criminal, que otros han llamado unidad de fin, o unidad de principio penal violado, siendo ese aspecto fundametal en el delito continuado y al respecto Raúl Navarro García, ha sostenido: "Es considerado este elemento psicológico como básico, en vista de ser el presupuesto unificador de las acciones u omisiones integrantes del de-

(11) Derecho Penal Parte General, pág. 558, Editorial Terris, Bogotá, 1965.

(12) Teoría del Delito, pág. 711, Ediar 1973.

(13) Teoría del Delito, pág. 711, Ediar 1973.

lito continuado, y adquiere por ello un carácter preponderante. Tan es así, que Impallomeni llamó a este elemento "indiscutible". (14) Uno de los términos con que se ha llamado en nuestro medio a ese elemento interno, es unidad de resolución ya que la actividad del sujeto va encaminada a llevar a cabo una pluralidad de acciones delictuosas de la misma especie para conseguir un determinado fin, o como sostiene Giuseppe Bettiol, al exponer: "Es precisamente merced a la identidad del designio criminoso como muchos autores han llegado a la conclusión de que el delito continuado debe considerarse como unitario, pero ello por error. En antiguo código se refería a identidad de resolución criminosa, y había quien sostenía (B. Alimena) que 'la identidad de resolución que caracteriza al delito continuado implica una determinación única y por ende una única volición hacia un hecho delictuoso, sin que importe que la volición, única en la conciencia del reo, actúe, a veces, de manera discontinua'.

Se identificaba el elemento psicológico del delito continuado con el dolo". (15) El elemento subjetivo que estamos comentando, atraviesa por diversas fases deliberativas hasta encontrar eco en la resolución, en donde se concretiza la conducta, en la que el sujeto quiere llegar a concordar una determinada situación y que Eugenio Raúl Zafaroni sobre el particular, afirma: "Es el aspecto subjetivo que requiere ineludiblemente el delito continuado. Se trata de un plan conjunto que comprende varios actos particulares, que deben estar más o menos determinados. Así, la mera decisión de cometer delitos no es suficiente, aunque tampoco se requiere la precisión de todos los detalles: quien comete un estupro con el fin unitario de seguir yaciendo con la víctima, no requiere tener planeados los días, horas, lugares y números de veces en que lo hará". (16) Es por tanto, el elemento subjetivo de esta figura, el que une delitos aparentemente autónomos.

(14) El Delito Continuado, págs. 41 y 42, México, 1962.

(15) Derecho Penal, Parte General, págs. 559 y 560. Ed. Temis Bogota, 1965.

(16) Teoría del Delito, pág. 712, Ediar, 1973.

## CAPITULO CUARTO

- I. CONCURSO IDEAL O FORMAL.
- II. DIFERENCIA ENTRE EL CONCURSO IDEAL Y REAL.
- III. CONCURSO IDEAL Y CONCURSO APARENTE DE LEYES.
- IV. CLASES DE CONCURSO IDEAL: 1) homogéneo; 2) Heterogéneo.
- V. ¿CONCURSO IDEAL EN LOS DELITOS CULPOSOS?

## CAPITULO CUARTO

### I.—CONCURSO IDEAL O FORMAL

Toca ahora hacer el estudio del concurso formal o ideal, y este tiene lugar dentro de una unidad de conducta o hecho y una pluralidad de resultados, que encuadran en uno o en diversos tipos penales.

Es de enorme trascendencia, establecer que dentro de la conducta que ocasiona varias lesiones jurídicas, se realiza un concurso de delitos que se unifican formalmente y que respecto a sus requisitos Giuseppe Maggiore, nos expone: "Teóricamente, se distingue del concurso real: en éste tenemos varias acciones (u omisiones) y varias violaciones legales, y, por lo mismo, una multiplicidad de delitos; en aquél (ideal formal) tenemos una sola acción (u omisión) y varias violaciones legales, y, por consiguiente, un sólo delito. El concurso formal se subdivide luego en heterogéneo y homogéneo, según se violen con una sola acción, diversas disposiciones legales o se cometan varias violaciones de la misma disposición legal. El Código antiguo preveía solamente (art. 18) el concurso heterogéneo; el actual considera, en cambio, también el concurso homogéneo. Examinemos por separado ambas hipótesis: 1.—Violación de diversas disposiciones legales con una sola acción. Es preciso que la acción (única) viole diversas disposiciones legales. La ley dice «diversas», y no «varias», para demostrar que las violaciones deben configurar delitos ontológicamente distintos (como son el adulterio y el incesto cometidos por el padre que, suscitando escándalo público, tenga relaciones carnales con su hija casada). Es preciso además que las diversas disposiciones violadas con una sola acción, no estén en relación de gé-

nero y especie; pues si así fuera, estaríamos, no ya en la hipótesis de concurso formal, sino en la de concurso de leyes, para la cual es válida la regla *genus per speciem derogatur* (el género es derogado por la especie) (art. 13). A veces la ley alude a esta regla con la fórmula expresa «cuando el hecho no ha sido previsto como delito por alguna especial disposición legal», o con otra equivalente (arts. 323, 327, 340, 374, 422, 432, 455, 496, 517, 530, 572, 616, 715, etc.). Pero fuera de estos casos, queda firme la distinción entre concurso formal (*Idealkonkurrenz*) y concurso de leyes (*Gesetzkonkurrenz*). En éste, el delito permanece único no obstante la pluralidad de normas jurídicas que lo prevén, y el problema es únicamente el de la elección de la norma que hay que aplicar; en el concurso formal, en cambio, a la pluralidad de bienes agraviados corresponde una pluralidad de infracciones jurídicas, no obstante la unidad de la acción, y por lo tanto, el problema es si se debe o no se debe castigar al reo por cada una de las lesiones jurídicas por él ocasionadas”. (1)

Es conveniente, hacer resaltar la coincidencia de distintos tipos penales ante una situación de hecho, siendo obvia la conducta o hecho unitarios con varios resultados, sean homogéneos o heterogéneos, y que en el primero, el resultado es de la misma especie, no así en el segundo, y que al respecto Vicenzo Cavallo, aclara las dos clases de concurso ideal de la siguiente manera: “El concurso formal homogéneo se tiene cuando con una sola acción se viola varias veces la misma disposición legal; v. gr., si el automovilista, conduciendo su automóvil en el carril de alta velocidad, en una curva pierde el dominio y choca contra el muro lateral de la vía, produciendo la muerte de los diversos pasajeros que transportaba. La punibilidad está establecida por el tercer párrafo del artículo 590. El concurso formal heterogéneo se tiene cuando con una única acción se violan diversas disposiciones de ley. Por ejemplo, cuando el automovilista en las mismas condiciones produce la muerte de algunos pasajeros y lesiones en otros. La penalidad se establece en base a la combinación

(1) El Delito, Tomo II, págs. 158 y 159, Ed. 1954.

de lo dispuesto por el artículo 81 y por el segundo párrafo del artículo 598". (2)

Queremos dejar sentado que el concurso ideal o formal, es ajeno al llamado concurso aparente de normas, o también denominado concurrencia de normas incompatibles entre sí, y es que este último se ha denominado asimismo, concurso ideal aparente; siendo el concurso ideal, un verdadero concurso, que es a nuestro entender la observación que hace Carlos Fontán Balestra, al exponer a propósito del concurso ideal y el llamado concurso de leyes: "Existe concurso ideal cuando un hecho cae bajo dos o más disposiciones penales que no se excluyen entre sí. El punto de partida es el mismo; la diferencia consiste en que, mientras en el concurso ideal las dos disposiciones violadas pueden aplicarse conjuntamente, en el concurso de leyes la concurrencia es sólo aparente, pues aplicada una disposición, queda excluída la otra. Por eso se llama también el segundo «concurso ideal aparente». Prácticamente, en cualquier caso de homicidio, por ejemplo, se da siempre un concurso aparente, pues se comienza, por regla general, con la agresión, para llegar a la muerte, pasando por las diversas formas de lesiones. Cómo habría tentativa de homicidio y homicidio si alguno, al hacer fuego contra su víctima, marra dos disparos, y luego acierta con el tercerro. Sin embargo, el concurso es sólo aparente, pues la figura del homicidio excluye la de su tentativa y la de las lesiones en una misma persona". (3)

El artículo 58 del Código Penal, reza: "Siempre que con un sólo hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración". Podemos pensar del precepto en cita, que hay unión entre el concurso de delito, que obviamente debe estudiarse en la teoría general, a una cuestión de penalidad, pero se impone determinar la importancia del concurso de delitos, en cuanto que podemos advertir la existencia de un solo delito o de una pluralidad de ellos y que en función de la pena,

(2) Diritto Penales, Tomo III, pág. 885.

(3) Manual de Derecho Penal, pág. 318, 1919.

el juez ha de aplicar una para el delito de mayor gravedad en relación a los otros delitos, y que atento lo dispuesto por el precepto antes mencionado será hasta una mitad más del máximo de su duración.

La sola conducta puede hacer derivar una pluralidad de resultados y que el pensamiento de Giuseppe Bettiol, se desenvuelve así: "En doctrina se admite de manera unánime, que puede darse el caso en que con un sola acción y omisión se realicen varios delitos. El esquema, en este caso, estaría dado por la unicidad de la acción con pluralidad de resultados. Ejemplo típico sería el del concurso ideal de delitos que halla su consagración legislativa en la primera parte del artículo 81, según la cual se aplica el criterio penal *quot delicta tot poenae* a quien «con una sola acción u omisión viole distintas disposiciones legales o cometa varias violaciones de la misma disposición legal». En cambio, el código antiguo establecía la pena más grave. Inmediatamente se advierten las diferencias entre las dos legislaciones: la actual habla de «una sola acción u omisión» que determina varias violaciones legales, mientras la precedente se refería a un «mismo hecho», usando una expresión no muy correcta, porque —como lo especificaremos— en el concurso ideal los eventos lesivos, que siempre son elementos de un «hecho», son plurales. En lo que respecta a la pena, según la nueva legislación, se aplica el criterio de la acumulación material de las penas previstas para cada violación particular de la ley, mientras que antes se seguía el de la absorción. En cuanto a la plural violación de disposiciones legales, puede tratarse de leyes distintas (concurso ideal heterogéneo), como en el supuesto en que se admita violencia carnal en perjuicio de una hermana casada —aquí concurren idealmente los delitos de violencia carnal, art. 519, de incesto, art. 564, y de adulterio, art. 559—, o de una violación plural de la misma disposición legal (concurso ideal homogéneo), como en el caso de quien con un tiro de fusil mata a varias personas —concurren idealmente dos delitos de homicidios, art. 575—". (4)

¿CONCURSO IDEAL EN LOS DELITOS CULPOSOS? Para iniciar esta cuestión relativa al concurso ideal o formal en el delito

(4) Derecho Penal, Parte General, págs. 542, 543. Ed. Temis Bogotá, 1965.

culposo, se precisa establecer una noción del mismo, para enseguida analizar la pluralidad de normas en orden al señalado delito culposo. En efecto, el delito culposo tiene cabida cuando se infringen los deberes impuestos a la diligencia debida y es que la culpa da lugar a tener en consideración un comportamiento negligente, descuidado e irreflexivo, o bien, radica en una situación relevante, que ha de consistir en aquella violación a ciertos deberes, en cuanto se infringen las cautelas exigidas al individuo; podríamos señalar que en el delito de culpa, se omite un deber que atañe a un vicio de la voluntad, y como bien dice Sergio Vela Treviño: "La voluntariedad del acto en materia de culpa corresponde a un vicio de la propia voluntad que no de la inteligencia, puesto que lo que matiza la culpa es la omisión de la reflexión por medio de la cual pueden conocerse anticipadamente las posibles consecuencias de la conducta que habrá de realizarse y al omitir ese deber de atención, cuidado y reflexión, se está colocando voluntariamente el sujeto en situación culposa si acontece el resultado previsible. En la mencionada previsibilidad del resultado o de las consecuencias de la conducta, radica en opinión de Carrara la esencia de la culpa, ya que debe haber reproche para quien puede prever y no prevé y para quien habiendo previsto actúa con la esperanza de evitar la consecuencia. Aquí se encuentra el campo delimitativo de lo doloso, lo culposo y lo fortuito. Si se actúa con el fin prevista de causar daño, hay dolo; si la actuación se debe a la omisión de previsión o la esperanza de que no acontezca el resultado previsto, hay culpa; en cambio, si se produce un resultado imprevisible, aparece el caso fortuito, porque no hay omisión de previsión por no ser previsible el resultado. Por eso afirma Carrara que «no haber previsto la consecuencia ofensiva separa la culpa del dolo, y no haberla podido prever separa el caso de la culpa». Del grado de previsibilidad se obtienen las tres clases de culpa, que son la lata, la leve y levísima, siguiendo un orden descendente en cuanto a la facilidad de prever. A mayor facilidad de poder prever hay culpa lata y así se sigue en cuanto a la leve y levísima". (5)

Pasando a la cuestión inherente al concurso de delitos, establecemos que puede presentarse ciertamente, el delito culposo en concurso y es

---

(5) Culpaabilidad e Inculpaabilidad Teoría del Delito págs. 233 y

palpable el resultado plural de una sola conducta culposa y que en el parecer de Enrico Altavilla, nos expresa: "No hay duda que a los delitos culposos les son aplicables todas las normas del concurso de delitos; y por eso, cualquier agente podrá responder de concurso formal y material, sea que con un sólo hecho se violen varios derechos tutelados, como cuando se hiere con un solo disparo a varias personas, o cuando se hiere a una de ellas y se le da muerte a otra; sea que una misma persona, con pluralidad de acciones y de omisiones, viole varios derechos tutelados, por ejemplo, el albañil que hace caer distintas piedras y hiere (sic) a varias personas". (6) Resulta palpable hacer notar que en razón de una unidad de acción y pluralidad de resultados, tiene aplicación el artículo 58 del Código Penal, por lo que aquel individuo al que se le hace un juicio de reproche a título de culpa, responderá del delito que tenga una sanción mayor y podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración, lo que advertimos conforme a nuestro Ordenamiento Punitivo; en cuanto al concurso ideal, radica en establecer una agravación de la sanción por la pluralidad de sujetos pasivos, y que en algunos ordenamientos, apartándose de la idea anterior, se sigue una práctica contraria, englobando todos los resultados originarios de una misma conducta culposa, en una sola, es decir, nos encontramos ante una genérica culpabilidad culposa y no ante cuestiones oriundas de diversas conductas típicas específicas. En orden a lo anterior, Quintano Ripolles afirma: "El resultado plural de un mismo acto culposo, sobre todo el que afecta a sujetos pasivos, diversos, por ejemplo, varias muertes por un solo atropello o incendio imprudentes, se resuelve en la práctica común europea, según las normas ordinarias del concurso real o ideal de delitos, generalmente por las del segundo. En la práctica alemana, desde luego, las distintas muertes concurren idealmente, así como el aborto y el homicidio de la abortada, en cambio, el concurso es real entre el homicidio o las lesiones culposas y el delito de fuga del párrafo 142". Por otra parte, el mismo autor nos indica: "Una sola acción imprudente, aunque

---

(6) La Culpa, pág. 187, Temis Bogota, 1956.

origine males diversos, como homicidio, lesiones, daños, etc., no justifica la división individualizada de éstos, debiéndose agrupar en una imputación única de imprudencia, que de mediar malicia, constituiría los delitos singulares de que se trate, computables separadamente sólo a efectos de la responsabilidad civil". (7)

Atento lo anterior, diremos que la conducta culposa siendo una sola, es compatible con el concurso, en cuanto que los resultados sean varios y que lesione en bienes diversos; pero pudiera hablarse dentro de la culpa, de un concurso real delictual, es decir, que se trata de conductas culposas diversas y que tal vez diera lugar a una multiplicidad de las mismas, siendo conocido el ejemplo de aquél que manejando un vehículo tiene una colisión y daña la propiedad ajena y lesiona y mata y al huir vuelve a ocasionar distintos resultados lesivos, es decir, daña, lesiona y mata, nuevamente; ciertamente, en la primer conducta habrá un concurso ideal, así como en la segunda y entre ambas se dará un concurso real, por tratarse de hechos consumados en momentos diversos.

---

(7) Derecho Penal de la Culpa, págs. 314 y 315, Barcelona, 1958.

## CAPITULO QUINTO

- I. CONCURSO REAL.
- II. SISTEMA DE PUNICION PARA EL CONCURSO DE DELI-
- III. REINCIDENCIA: 1) Concepto; 2) Fundamento; 3) Elementos; 4) Clases; a) Reincidencia genérica; b) Reincidencia específica; 5) Prescripción de la reincidencia; 6) Reincidencia Simple; 7) Reincidencia Habitual.
- IV. CONCLUSIONES.

## CAPITULO QUINTO

### I.—CONCURSO REAL O MATERIAL

Dentro de la sistemática del Derecho Penal, advertimos que el delito se manifiesta en repetidas ocasiones, lo que da lugar a que el sujeto lleve a cabo diversos ilícitos, y por ende, podemos apreciar que no toda figura delictiva se presenta en forma única; en ocasiones, da cabida dentro de una pluralidad de conductas a una concurrencia de normas incompatibles, esto es, a una colisión de normas penales, en la que una subsiste sobre la otra; en tanto que puede presentarse asimismo, una dualidad o multiplicidad de conductas, repercutiendo en varios delitos, que precisamente, es todo lo contrario a lo expresado, es decir, son compatibles, y por consiguiente ha lugar a una pluralidad de resultados delictivos, o como sostiene Luis Jiménez de Asúa, al expresar: "La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, constituye lo que se denomina concurso real que puede ser simultáneo o sucesivo".

(1) De esta suerte, podemos estimar la pluralidad de conductas o hechos y pluralidad de resultados, perfectamente independientes, que originan lesiones diversas, o bien, como afirma Giuseppe Bettiol: "Cuando varios procesos ejecutivos o acciones estructuralmente independientes entre sí determina una pluralidad de eventos y, por lo tanto, de lesiones, estamos ante una hipótesis de concurso real o material de delitos. Es esta la hipótesis típica y normal del concur-

---

(1) La Ley y el Delito, 6a. Edición, pág. 534, Buenos Aires, 1963.

so de delitos; hipótesis que no admite discusiones acerca de la dogmática de la acción o del resultado, sino que determina sólo una disputa acerca del criterio más oportuno que ha de seguirse en lo que concierne a la aplicación de la pena en concreto". (2) En fin que se trata de conductas o hechos autónomos que dan cabida a una pluralidad de delitos y por ello Mariano Jiménez Huerta, refiere: "Surge el concurso real, cuando, no obstante la conceptual independencia de cada una, las diversas conductas realizadas por un mismo sujeto se enjuician conjuntamente". (3) A lo anterior solo concluiremos, que en realidad, carece de relevancia el intervalo de tiempo que transcurra entre los diversos delitos realizados, siendo importante que se juzgue en forma simultánea.

## II.—SISTEMA DE PUNICION EN EL CONCURSO DE DELITOS

Hemos establecido que en el concurso real, cada conducta o hecho delictivo, debe ser independiente estructuralmente el uno del otro, ya que de otra suerte, si formarían parte de una sola conducta o hecho, darían cabida al concurso ideal o formal; por consiguiente, la reiteración dejará de ser concurso real, cuando se haya pronunciado sentencia condenatoria y se vuelva a delinquir, pues en tal caso, estaremos en presencia de la reincidencia, de la cual nos ocuparemos con posterioridad. A fin de establecer la forma de punir el concurso real de delitos, estimamos conveniente hacer mención del parecer de Vincenzo Cavallo, al exponer: "El concurso material se tiene cuando una misma persona, con varias acciones u omisiones, comete diversas violaciones de idéntica o diferentes disposiciones de ley de manera tal que resultan cometidos varios delitos de los cuales la persona debe responder". (4)

En nuestro Ordenamiento Punitivo, el artículo 18 con un terminología desafortunada, hace referencia al concurso real, utilizando el término acumulación, y así se establece: Hay acumulación:

---

(2) Derecho Penal, Parte General, pág. 552, Ed. Temis Bogota 1965.

(3) La Tipicidad, pág. 256, Ed. Porrúa, México, 1965.

(4) Diritto Penale, pág. 798, El Joven.

siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos...". En relación a esta cuestión Raúl Carraca y Trujillo sostiene: "...puede darse pluralidad de acciones con pluralidad de resultados. Entonces se está en presencia de delitos diversos que dan lugar al concurso real o material. Si el sujeto no ha sido sentenciado por ninguno de ellos, en nuestro derecho procede la acumulación". (5) Sin embargo, Mariano Jiménez Huerta, hace severa crítica al precepto legal citado al exponer: "Dicha expresión, empero, representa un arcaísmo en el lenguaje jurídico penal, y, además, es notorio matiz procesalista. Los escritores de la escuela clásica denominaban 'acumulativo' al concurso de delitos heterogéneos". (6) Aceptamos obviamente dicho criterio del autor en cita, en razón de que la acumulación es, efectivamente, un instituto de naturaleza procesal.

Es pertinente siendo una cuestión de relevancia, que para que haya concurso real delictual, es imperativo que por ninguno de los delitos se haya dictado sentencia ejecutoria, a virtud de que ésta da pauta a otra situación jurídica represiva, y el punto culminante radica en el criterio que ha de seguirse en orden a la punición, puesto que si advertimos una pluralidad de conductas o hechos, así como de resultados, dando lugar a delitos perfectamente separables el uno del otro, no tiene operancia uno de los principios de mayor trascendencia dentro del concurso aparente de normas, esto es, la absorción, en donde la norma de mayor alcance o amplitud, consume a la de menor alcance o amplitud, puesto que es vital trascendencia que en el caso del concurso real o material, da lugar a imponer tantas penas como delitos existan. Así en orden a esta cuestión Reinhart Maurach, expresa: "Al juzgador se le ofrecen distintas posibilidades para sancionar el concurso real. Desde el punto de vista negativo, resulta indiscutible la injusticia tanto de un desplazamiento al modo de concurso de leyes, como de una absorción, al estilo (teóricamente) del concurso ideal, de la culpabilidad acumulada por varias acciones independientes. La acumulación de actos y el incre-

---

(5) Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 505, Editorial Porrúa, México, 1966.

(6) La Tipicidad, pág. 256. Ed. Porrúa 1955.

mento de la culpabilidad deben ser tomados en consideración no sólo en la declaración de culpa sino además en la medición de la pena. Deben averiguarse sin embargo los puntos de vista conforme a los que debe llevarse a cabo la apreciación conjunta, en sí necesaria, de la pluralidad de acciones. La solución, inmediata y primitiva, viene dada, conforme al principio de la correspondencia entre la acumulación de las penas y la acumulación de las acciones, que constituye en realidad el principio de la acumulación. El que este procedimiento haya sido sólo parcialmente admitido en el derecho (Alemania) vigente, debe atribuirse a que una tal aritmética penal contraria en todo caso, en la esfera de las penas privativas de libertad, tanto el principio retributivo como el fin de la pena". (7) La represión en el concurso de delitos, debe ser el resultado de un minucioso análisis de la personalidad del delincuente, en donde ha de destacar su individualidad y que en nuestro derecho tiene como base la pena unitaria, puesto que ha de tenerse en cuenta el delito de sanción mayor, aunada esa pena unitaria, a un criterio potestativo, ya que el órgano jurisdiccional tiene facultades discrecionales para aumentar la pena fundamental, atento lo expresado con antelación y que podrá acrecentar hasta la suma de los demás delitos, sin que exceda de cuarenta años, que es la pena máxima que establece nuestra Ley Sustantiva. Sin embargo, atento lo anterior, el juzgador puede imponer una sola pena, pero asimismo puede fijar tantas sanciones como delitos existan, tal como lo hemos sentado con anterioridad, tomando en consideración, ciertamente el delito o delitos de que se trate, atenta la sanción prevista para cada delito en particular.

La cuestión de mayor envergadura, es la aplicación de la pena, puesto que se han llevado a cabo diversos delitos en el concurso de mérito y que evidentemente no debe castigarse más de una vez el mismo delito, ya que se violaría el principio *non bis in idem* que consagra el artículo 23 Constitucional, y por tanto, cada vez que existan dos o más delitos, podía pensarse en la aplicación de penas distintas, o bien, atendiendo al régimen de absorción, así como a la aplicación de la pena correspondiente al delito de mayor gravedad, aumentada en atención a la peligrosidad del delincuente y que en el parecer de

---

(7) Tratado de Derecho Penal. Tomo II. pág. 175.

Luis Jiménez de Asúa, resuelve esta cuestión refiriendo: “Al respecto, las consecuencias del concurso real puede resolverse conforme a tres sistemas: acumulación material o matemática (quo delicta toot poena); régimen de absorción (poena major absorbet minorem) y acumulación jurídica, que es la preferible”. (8)

### III.—REINCIDENCIA

La institución de la reincidencia, es de suma importancia en cuanto que significa que un sujeto condenado por sentencia ejecutoria, vuelva a recaer en su conducta delictiva, siendo palpable que no es necesario que la pena haya sido compurgada, de tal suerte que Vincenzo Cavallo señala: “La reincidencia, por lo tanto, es un status o una cualificación subjetiva del agente que, cometiendo otro delito después de haber sido condenado, demuestra escasa sensibilidad a los efectos de la pena y una mayor capacidad para delinquir, por lo que se justifica el aumento de la pena que la ley determina”. (9)

Desde el plano histórico, la reincidencia se conoció en la India, en el Código de Manú, como una institución cuyo fin era de conservar el orden social, y a la vez enfoque religioso a fin de que no se lesionase la justicia de la divinidad, de tal suerte que teniendo en cuenta que los Hidues llevaban su dinero en un nudo que hacían en una extremidad de su vestido, se establecía como sanción que se cortarían dos dedos, precisamente al “cortador de nudos”, esto es, como primer robo, pero si reincidía, se le debía de cortar un pie o una mano y la tercera vez, se le condenaba a muerte. En la época Romana, no tuvo cabida la institución que nos ocupa y a sólo se advirtió en forma restringida; en orden a otros delitos, se otorgaba al juez amplio poder para aumentar las ya altas sanciones. En el Derecho Canónico, esta institución se establece como una agravante de responsabilidad y en el Derecho de los Prácticos, se aplicaron castigos sumamente severos, pues a los reincidentes se les llegó a aplicar la pena de muerte por horca. Dentro del Derecho Español se impusieron

(8) La Ley y el Delito, pág. 534. 6a. Ed. Buenos Aires 1973.

(9) Diritto Penale. Tomo III, pág. 336.

penas a las mujeres que reincidían en el amancebamiento, y Filepe V, mandó a los ladrones reincidentes a que se les marcara con una "L" en las espaldas impresa por el verdugo con hierro candente; en tanto que en Francia se marcaba a los delincentes por delitos graves con una flor de liz sobre el hombro.

La reincidencia, quiere decir recaída y dentro de su etimología deriva del vocablo latino "reincidere" y "recidere", que quiere decir volver por el mismo camino y que ciertamente da lugar a la reintegración de la actividad delictiva por parte del mismo sujeto cuando ha sido condenado por otro delito; empero, es de trascendental importancia, tomar en consideración que la condena primaria debe ser definitiva y el nuevo delito debe cometerse después de que dicha condena sea cosa juzgada. En razón de lo asentado anteriormente nos sirve de apoyo el pensamiento de Ricardo Abarca, quien refiere: "La reincidencia se formulará en el derecho positivo como la comisión de un nuevo delito, cuando el agente ha sido condenado anteriormente por otro delito". (10)

Bien podemos afirmar que la reincidencia surgió para combatir diversas formas de la delincuencia profesional, así como de aquel que delinque por una inclinación que demuestra una persistencia al delito. Conviene en este momento hacer hincapié en que el concurso real o materia, un individuo a cometido varios delitos y a este se le juzga por todos ellos en un solo momento, en tanto que la reincidencia se presenta después de una condena, de tal suerte que Giuseppe Bettiol, afirma: "Nos hallamos ante una personalidad criminal calificada, ante un «tipo» de delincuente que presenta una nota que lo distingue de cualquier otro delincuente: la incidencia en el delito después de una condena precedente. También en el concurso material un individuo ha cometido varios delitos, ha reincidido en el delito, pero en la reincidencia se requiere que por uno o varios de los cometidos precedentemente se haya dictado una sentencia condenatoria. La existencia de esa sentencia tiene, desde el punto de vista «psicológico» el valor de indicios al legislador a agra-

(10) Derecho Penal en México, pág. 170, 1941.

var la pena por el delito ulteriormente perpetuo". (11) Debemos establecer que la reincidencia no aumenta la gravedad objetiva del delito, ya que en realidad da lugar a fijar una persistencia a la personalidad del delincuente y por ello Vincenzo Manzini, nos expresa: "El reincidente demuestra con el nuevo delito no sólo la voluntad de violar el respectivo precepto penal, sino también una voluntad precedente de delinquir... una voluntad reiterada de no uniformarse al orden jurídico general penalmente sancionado". (12)

### 1) ELEMENTOS DE LA REINCIDENCIA

Para que exista la reincidencia se requiere conforme a nuestro Ordenamiento Penal: primero una condena ejecutoria plena, segundo cumplimiento o indulto de la condena impuesta y tercero, que el último delito se ejecute dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta anteriormente. Es preciso que el sujeto después de haber sido condenado por un delito, cometiera otro resultando palpable, lo que se ha llamado cosa juzgada y sobre este particular se impone una cuestión de naturaleza procedimental para indicar cuando una sentencia causa ejecutoria: de tal suerte, que se habla de cosa juzgada en referencia a las sentencias de primera instancia, cuando se hayan consentido expresamente, o bien, cuando transcurrido el término para imponer el recurso, no se haya hecho, o en tratándose de las sentencias de segunda instancia, así como de aquellas en que la ley no conceda concurso alguno.

Nuestra Ley Sustantiva Penal (artículo 20), estima la existencia de la reincidencia, no sólo cuando se trata de tribunales de la República, sino del extranjero, con la salvedad que la condena sufrida en el extranjero provenga de un delito que tenga el mismo carácter en nuestro Ordenamiento Penal. Nos parece de interés el criterio que sostiene Giuseppe Maggiore, cuando después de hacer referencia a los elementos de la reincidencia, argumenta: "Por «condena» se entiende toda condena pasada a cosa juzgada. Esto es tan obvio, que

---

(11) Derecho Penal, Parte General, pág. 582, Ed. Temis Bogota, 1965.

(12) Trattato, Tomo II, pág. 660.

la expresión «condena irrevocable», contenida en el Código de 1889, fue considerada redundante. La condena también puede ser pronunciada por tribunales extranjeros. Debe tratarse de condena por una infracción, y por consiguiente, de condena que inflija alguna pena. No puede, pues, servir de base para la reincidencia, una providencia que aplique medidas de seguridad. . . La condena debe llevar consigo una pena propiamente dicha; no importa que ésta se haya extinguido, con tal que no se trate de causa que extingue también los efectos penales. Tampoco importa que la pena haya sido purgada íntegra o parcialmente”. (13)

## 2) CLASES DE REINCIDENCIA

La reincidencia, hemos establecido, encuentra su fundamento en una mayor capacidad para delinquir, de tal suerte que comprende dos clases, a saber: a) la reincidencia genérica, que da lugar a que el delincuente cometa un segundo delito de cualquier clase, y b) la reincidencia específica, en la que el delincuente comete un segundo delito de idéntica naturaleza al cometido primeramente. Importante es destacar, que respecto al delito cometido en primer término debe existir sentencia condenatoria que haya causado estado. En relación a esta cuestión, Sebastián Soler, afirma: “En efecto distíngase la reincidencia en genérica y específica, según que el delincuente ejecute un nuevo delito, sea cual sea la naturaleza de éste, o que recaiga en una acción de la misma especie. Para expresar el mismo pensamiento usense también los términos «reincidencia impropia», para la genérica, y «propia», para la específica”. (14) En época pretérita se atendía más a la reincidencia específica o propia que a la genérica o impropia; de tal manera que Carlos Fontán Balestra, después de hacer referencia al concepto de reincidencia, señala que ésta se presentaba cuando el condenado por sentencia firme a una pena privativa de libertad, cometa un nuevo delito, para que el sujeto, precisamente, pueda ser declarado reincidente y así manifiesta: “Nuestro

(13) Derecho Penal. Tomo II, pág. 201. 5a. Edición Temis Bogotá, 1954.

(14) Derecho Penal Argentino. Tomo II, pág. 432. Buenos Aires, 1973.

Código adopta el sistema conocido en doctrina con el nombre de reincidencia ficta o impropia, por opción a la llamada verdadera o propia. Para el primer sistema es suficiente la condena, sin que resulte necesario el que ella haya sido cumplida; para el segundo sólo habrá reincidencia cuando el sujeto que ha cumplido una pena vuelve a delinquir. El sistema de la reincidencia verdadera se basa en que la acción de la pena ha resultado inútil, puesto que el individuo ha vuelto a reincidir. Los partidarios de la reincidencia ficta consideran que la condena debiera servir de advertencia bastante para evitar la recaída en el delito". (15) Así tendremos que destacar, que el individuo que delinque en forma repetida, da lugar a conductas que bien pueden ser homogéneas o heterogéneas; en ambos casos se hace palpable la inclinación del sujeto hacia el delito y por ello conviene en este momento hacer mención de los llamados delincuentes habituales, que al fin y al cabo, es una forma de reincidencia y que conforme a Nuestra Ley Penal (artículo 21), se advierte una persistencia del que delinque, dentro de delitos de la misma especie. Ciertamente el ordenamiento punitivo, hace referencia en razón de la habitualidad, a tres delitos que se hayan cometido en un periodo que no exceda de 10 años; incuestionablemente, los sujetos considerados como habituales hacen una verdadera profesión que trae aparejadas aspectos de índole criminológico, puesto que hay una perversidad en el actuar del ser humano, y bien pudiéramos afirmar que se trata de un delincuente incorregible, antisocial, que a nuestro entender más que punir sus diversas conductas con la sanción que establece el Código Represivo, debe asumirse una medida de seguridad, puesto que resulta inútil la pena, aun cuando asimismo resulta obvio decir, que el delincuente habitual, necesariamente es un reincidente, pero un reincidente no será forzosamente habitual.

### 3) SISTEMA DE PUNICION EN LA REINCIDENCIA

Cuestión interesante es establecer como debe sancionarse a los reincidentes. Importa precisar para hablar de reincidencia, la exis-

---

(15) Manual de Derecho Penal, Tomo I, pág. 165, Buenos Aires, 1949.

tencia de una primera condena, y que esta haya causado ejecutoria, ya que de otra manera, si la primera condena, no es cosa juzgada, no puede hablarse en manera alguna de reincidencia. Por consiguiente, tenemos que recurrir a la Ley Adjetiva Penal que de su artículo 443, se desprende cuatro cuestiones, por las que una sentencia es cosa juzgada, a los cuales ya se hizo referencia con antelación.

Atento lo anterior, es posible la reincidencia cuando primeramente exista cosa juzgada y antes de abordar la cuestión relativa para decidir hasta que momento puede estimarse como reincidente al sujeto, habiéndose dictado una sentencia condenatoria, que necesariamente tiene repercusión en el instituto de la prescripción, es de suma importancia cómo debe sancionarse a ese reincidente; ciertamente, ante una situación de tal naturaleza y ante la inclinación al delito, exige una represión más severa; se puede decir, que ante un conjunto de circunstancias que demuestran la personalidad del delincuente, obligan a considerarlo de un grado mayor de personalidad. Sin embargo, esta cuestión la trata con acuciosidad Ricardo Abarca, al exponer: "El primer problema que surge a este respecto es el de saber si debe castigarse al reincidente con pena más grave, según la tradición a que antes nos hemos referido. En este sentido se pronuncian penalistas clásicos como Rossi y Carrara; el primero se funda en este argumento: que el reincidente demuestra tener propósito pertinaz al delito. El segundo se funda principalmente en esta razón: que el reincidente ha demostrado que la sanción que le fue impuesta por el primer delito cometido, no fue suficiente para reprimir sus malas inclinaciones. En contra de estos argumentos se pronuncian otros autores; entre ellos podemos citar a Carmignani, Merkel y Mitter; las razones fundamentales para que no se sancione con pena mayor al reincidente, son éstas: que equivale tal pretensión a imponer una pena por un delito, por el que el delincuente ya fue condenado y sufrió la pena que le fue impuesta; y es principio del derecho clásico, que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Algunos autores llegan a la pretensión de que el reincidente no sea castigado con pena mayor, sino menor, porque dicen que la insistencia en delinquir, a pesar del mal que han sufrido con la pena impuesta por el primer delito, demuestra que los reincidentes no delinquen por viciada intención, sino más bien por un ímpulso incon-

tenible de su naturaleza; siendo doctrina de la escuela clásica la de que la intención delictuosa tiene como presupuesto la libre voluntad, es preciso reconocer que esta libertad se encuentra disminuída en los reincidentes, porque los domina la tendencia delictuosa que existe en ellos". (16)

#### 4) PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA: a) REINCIDENCIA SIMPLE; b) REINCIDENCIA HABITUAL

Se ha considerado que aquél que vuelve a delinquir, obviamente, es un reincidente, siendo importante destacar que aquél que ha sido condenado por una sentencia condenatoria ejecutoria, cometiére una nueva conducta delictuosa, y por tanto, encontramos en primer término una condena por un delito y un segundo delito por el mismo agente; si el reincidente es aquel que recae nuevamente en lo ilícito penal, es importante establecer el alcance de este fenómeno jurídico, es decir, hasta que momento debe considerarse como reincidente al individuo que vuelve a delinquir después de haber extinguido una condena, a efecto de que pueda agravarse una segunda condena por la calidad anotada en función de una pena más severa: es evidente que en proceso temporal, la sociedad olvida; el delincuente ha purgado la sanción impuesta; por consiguiente, debemos atender a un término para poder afirmar que una de las formas extintoras de la pena, como es la reincidencia, ha operado. Así Carlos Fontán Balestra, nos refiere: "La reincidencia ha sido considerada como circunstancia agravante, desde las legislaciones más antiguas; sin embargo, la doctrina no es uniforme en tal sentido. Si bien el criterio más extendido es el expuesto, juristas de autoridad indiscutida han tildado de injusta la solución que toma en cuenta un delito anterior para graduar la pena aplicable al que se está juzgando. Quienes sostienen esa hipótesis consideran que tal solución quebranta la máxima non bis in idem y confunde la moral con el derecho, pues no se castiga al hombre por el delito cometido, sino por la inmoralidad de su vida". (17) Cuestión de trascendental im-

(16) Derecho Penal en México, págs. 170 y 171, 1941.

(17) Manual de Derecho Penal, Tomo I, pág. 161, 1949.

portancia, es precisar que no importa que la pena haya sido purgada íntegramente, o bien, que sólo lo haya sido parcialmente; entonces, es necesario para poder hablar de reincidencia y más adelante de habitualidad, que en la primera sentencia condenatoria, se advierta que esta hubiere causado estado. Debemos entender por tanto conforme al pensamiento de Ricardo Abarca: "Que la doctrina moderna, teniendo a la cabeza a Carlos Roeder, plantea la cuestión de la reincidencia en un terreno distinto; no es cuestión de pena mayor o pena menor; ni tampoco de que los delincuentes estén obstinados en delinquir; sino más bien de que los delincuentes tienen una tendencia determinada al delito, la cual exige que la sanción que se les imponga sea distinta en naturaleza de las que se les imponga a los demás delincuentes, apropiada a la peligrosidad especial que los reincidentes demuestran. En este sentido, las legislaciones de diversos países han modificado la penalidad para los reincidentes, a quienes se imponen penas diversas, generalmente crueles, como la prisión perpetua en Francia, el ergástulo en Italia, etc. Asimismo suelen las legislaciones privar a los reincidentes de los beneficios que se conceden a los delincuentes primarios". (18) Debemos concretizar que con motivo del actuar delictuoso repetido, da lugar a la inclinación al delito, en donde se distinguen primordialmente, las circunstancias objetivas, derivadas de la personalidad del individuo delincuente; en tanto que las circunstancias subjetivas, dan lugar a estimar una personalidad criminosa calificada y de ahí que se deriven las diversas clases de reincidencia ya analizadas. Por otro lado, en razón de la prescripción en la reincidencia, es oportuno el parecer de Sebastian Soler, al afirmar: "La calidad de reincidente tiene una limitación temporal... según la cual la conducta anterior tendrá en cuanto a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el artículo 65 y otro tanto más, que nunca excederá de 10 años". (19)

Podemos sostener que el derecho de acusar, prescribe ciertamente las penas; también, es incuestionable que aquél que ha delinquido después de una vida honesta, la condena se ha extinguido en

---

(18) Derecho Penal en México, pág. 171-172.

(19) Derecho Penal Argentino, pág. 440, tomo II.

su totalidad, pero nuestra Ley Sustantiva Penal señala dentro de ese criterio temporal del que hacía referencia Sebastián Soler, a un periodo, para decidir cuando ya no tiene operancia la reincidencia, debiéndose estimar que ésta ha prescrito y apuntamos una situación de la misma naturaleza al hablar del delincuente habitual. Así, es pertinente hacer mención al contenido de los artículos 20 y 21 del Código Penal en los que respectivamente se expresa. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviene de un delito que tenga este carácter en este código o leyes especiales. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años. "A efecto de poder examinar cuando carece de eficacia la reincidencia y que va intimamente ligada con la prescripción, es trascendental establecer la prescripción de la pena, y que sobre esta cuestión Raúl Navarro García, expone: "El instituto de la prescripción tiene su fundamento en la extinción de la potestad represiva del Estado en orden a la aplicación de una pena, así como en la extinción de la potestad de hacer efectiva la pena impuesta, y aquí cabe señalar la extinción de la punibilidad y la extinción de la ejecutabilidad y hacemos valer las mismas razones existentes, al igual que en la prescripción en referencia a la persecución. El carácter temporal, impone el olvido de la pena impuesta, siendo obvio que si ésta no se ejecuta durante un prolongado espacio de tiempo, pierde su visión de utilidad, puesto que ha desaparecido de la memoria de la sociedad el delito, y por ende, pierde su ejemplaridad". (20)

Si hemos precisado que conforme a nuestra Ley Penal, no puede haber reincidencia cuando en relación a la sentencia dictada en pri-

---

(20) La Prescripción Penal. *Criminalia*, números 9-10 pág. 309 Septiembre Octubre de 1973.

mer término haya transcurrido en término igual al de la prescripción, es de importancia precisar cual es este término. Teniendo como base a una sentencia condenatoria, esta prescribe en un término igual al de la pena más una cuarta parte más (art. 113 del Código Penal). Ahora bien, no habrá reincidencia si ha transcurrido, precisamente un término igual al que se ha señalado. Finalmente se hace referencia a aquel que delinque ante una misma inclinación delictuosa y que a este se le ha llamado delincuente habitual, en cuanto que los tres delitos se hayan cometido en un período que no exceda de 10 años. En orden a esta cuestión, se ha dicho que los sujetos que delinquen en tal forma, presentan una problemática que trae consigo una mayor temibilidad y da lugar a situaciones de índole criminológico, ya que se trata de una persistencia reiterada en el delito, se trata de un delincuente incorregible con carácter antisocial que permite calificar como más criminosa la personalidad del delincuente.

## CONCLUSIONES

El concurso de delitos, da lugar a pensar que dentro del elemento objetivo, se precisa establecer la unidad o pluralidad del mismo. Por otra parte, debemos admitir que el concurso de delitos viene a significar el enlace entre la teoría del delito y la teoría de la pena. Habrá tantas veces un ilícito penal, cuando se integren los elementos de cada tipo en particular, por lo que se hablará de concurso si se han cometido varias conductas que hubieren originado varias lesiones jurídicas, y de esta suerte, encontramos las siguientes hipótesis: a) una conducta que ocasiona una sola lesión jurídica; b) una conducta que ocasiona varias lesiones jurídicas; c) varias conductas que ocasionan una lesión jurídica, y d) varias conductas que ocasionan varias lesiones jurídicas.

No compartimos el criterio de Luis Jiménez de Asúa, al denominar al elemento objetivo "acto", en atención que tal vocablo entraña un término sumamente restringido, toda vez que en ocasiones una serie de actos vienen a formar una acción, y por otra parte, la señalada expresión da cabida a pensar en el hacer positivo, por lo cual no puede invocarse en manera alguna para significar la omisión.

Al analizar las hipótesis enunciadas en la conclusión anterior, cabe observar, en cuanto a la unidad de conducta y de lesión jurídica, que equivale a señalar que el delito puede cometerse en un solo acto, así como en varios, por lo que da cabida al delito unisubsistente y plurisubsistente.

Al presentarse varias conductas y varias lesiones jurídicas, con

unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, da lugar al llamado delito continuado; en tanto que cuando existe una conducta con varias lesiones jurídicas, sin unidad de propósito y con identidad o no de lesión jurídica, se presenta el concurso de delitos ideal o formal; finalmente, al presentarse varias conductas y varias lesiones jurídicas con o sin unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, se está frente a un concurso real o material de delitos.

El delito continuado nace a fin de aminorar ciertas penas excesivas, debiéndose eliminar a este respecto, los bienes de naturaleza personal, cuyos elementos son: 1) una pluralidad de conductas; 2) una identidad de disposición penal violada, y 3) una unidad de designio criminal; de los cuales, los dos primeros son objetivo y el último subjetivo.

El concurso ideal o formal de delitos, tiene lugar dentro de una unidad de conducta o hecho y una pluralidad de resultados, presentándose homogéneo y heterogéneo: el primero, cuando se viola varias veces la misma disposición penal, y el segundo, cuando se violan diversos preceptos penales; en cuanto a su forma de punición, atento lo que establece el artículo 58 de la Ley Sustantiva Penal, el juzgador ha de aplicar una pena para el delito de mayor gravedad, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración. El concurso ideal o formal, si se presenta en los delitos culposos.

El concurso real o material, cobra vida cuando el agente activo lleva a cabo varias conductas, con diversos resultados, y puede ser homogéneo o heterogéneo: nuestro Código Penal, lo contempla en el artículo 18, aun cuando con una redacción impropia, toda vez que habla de acumulación, siendo esta una institución de naturaleza procesal. Para que exista un concurso real, una cuestión relevante radica en que por ninguno de los delitos se haya dictado sentencia ejecutoria; la represión en este concurso, tiene como base la pena unitaria, conforme a nuestro Derecho, ya que ha de tenerse en cuenta el delito de sanción mayor, aunada dicha pena unitaria, a un criterio potestativo, que otorga el artículo 64 del Código Penal al Órgano Jurisdiccional, dándole facultades discrecionales para aumentar la pena fundamental, hasta la suma de los demás delitos sin que exceda de 40 años.

La reincidencia cobra relevancia, cuando un sujeto condenado por sentencia ejecutoria vuelve a recaer en un hecho delictivo, debiéndose destacar que no es necesario que el sentenciado haya purgado la pena.

Los elementos de la reincidencia, conforme a nuestro ordenamiento Penal, son: 1) una condena ejecutoria plena; 2) cumplimiento o indulto de la condena impuesta; y 3) que el último delito se ejecute dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta anteriormente.

La reincidencia encuentra su fundamento en una mayor capacidad para delinquir y comprende dos clases, la genérica y la específica, contemplando la primera cuando el delincuente comete un segundo delito de cualquier clase; en tanto que la segunda, ha lugar cuando el delincuente comete un segundo delito de igual naturaleza al cometido en primer lugar.

No puede existir la reincidencia cuando en relación a la sentencia dictada en primer término haya transcurrido un término igual al de la prescripción. Finalmente, por lo que hace al llamado delincuente habitual, es necesario para que tenga tal carácter, que los tres delitos se hayan cometido en un período que no exceda de diez años. En cuanto a esta cuestión, se ha dicho que se trata de un delincuente incorregible con carácter antisocial.

**BIBLIOGRAFIA**

1. **ABARCA RICARDO**  
Derecho Penal en México  
1941.
2. **ALIMENA BERNARDINO**  
Derecho Penal, Parte General  
Ed. Temis, Bogota 1965.
3. **ALTAVILLA ENRICO**  
La Culpa  
Ed. Temis, Bogota 1965.
4. **BETTIOL GIUSEPPE**  
Derecho Penal, Parte General  
Ed. Temis, Bogota 1965.  
Diritto Penale  
Palermo 1945.
5. **BINDING CARLOS**  
Esquema de Derecho Penal.
6. **CARRANCA Y TRUJILLO RAUL**  
Derecho Penal Mexicano, Parte General
7. **CARRARA FRANCESCO**  
Programa.
8. **CASTELLANOS TENA FERNANDO**  
Lineamientos Elementales de Derecho Penal  
Parte General, 6a. Edición,  
Ed. Porrúa 1971.

9. CAVALLO VICENZO  
Derecho Penal  
Napoli 1955.  
Diritto Penale  
E. Jovene.
10. FONTAN BALESTRA CARLOS  
Manual de Derecho Penal  
1949.
11. GAROFALO RAFAEL  
Criminología. Turin, Bocca 1885.
12. JIMENEZ DE ASUA LUIS  
Tratado de Derecho Penal  
Tomo III, 3a. Edición.  
Ed. Losada, S. A., Buenos Aires  
La Ley y el Delito  
6a. Edición, Buenos Aires 1963.
13. JIMENEZ HUERTA MARIANO  
La Tipicidad  
Ed. Porrúa, 1955.
14. MAGGIORE GIUSEPPE  
Derecho Penal, Tomo II  
Ed. Temis, Bogota 1954.  
El Delito, Tomo II,  
Ed. 1954.
15. MANZINI VICENZO  
Tratado di Diritto Penale  
Torino.
16. MAURACH REINHART  
Tratado de Derecho Penal.
17. MEZGER EDMUNDO  
Tratado de Derecho Penal  
2a. Edición, Madrid 1935.

18. NAVARRO GARCIA RAUL  
El Delito continuado  
México, 1962.  
La Prescripción Penal  
Criminalia Nos. 9-10, 1973.
19. Porte Petit C. Celestino  
La Reforma Penal Mexicana  
Proyecto 1944, Ed. Ruta 1951.  
Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal  
Ed. Jurídica Mexicana, México 1969.  
Programa de la Parte General de Derecho Penal.  
México, 1968.
20. QUINTANO RIPOLLES ANTONIO  
Derecho Penal de la Culpa.  
Barcelona 1958.
21. ROMAGNOSI JUAN DOMINGO  
Genesi del Diritto Penale.
22. SOLER SEBASTIAN  
Derecho Penal Argentino  
Buenos Aires 1967.
23. VELA TREVIÑO SERGIO  
Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito  
México 1973.
24. VILLALOBOS IGNACIO  
Derecho Penal Mexicano. Parte general 2a. Ed.  
Ed. Porrúa 1960.  
Dinámica del Delito  
México 1953.
25. VON LIZT FRANZ  
Tratado de Derecho Penal  
Tomo III.
26. ZAFFARONI EUGENIO RAUL  
Teoría del Delito.  
Ediar 1973.