

42
2 Ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

ANALISIS TEORICO DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS Y DE LA CONCURRENCIA APARENTE DE NORMAS



T E S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROSALBA GONZALEZ VELAZQUEZ

ASESOR: LICENCIADO. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ.



ACATLAN, EDO. DE MEX.

ENERO DE 1999.

TESIS CON FALLA DE ...

270431



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

RECONOCIMIENTOS

A MI MADRE:

MARIA VELAZQUEZ ALVAREZ

Como un tributo a su espíritu
de lucha y trabajo, por haber
forjado hombres y mujeres de bien.

A MIS HIJAS:

LILIANA Y PAOLA

Por lo que representó en ellas
la culminación de este trabajo.

A MIS HERMANOS Y HERMANAS:

LAURA, JOSE JUAN, ARACELI,
NORMA CAROLINA Y HECTOR RAUL,
Porque con sus palabras de
aliento, contribuyeron para
lograr este sueño tan
anhelado.

A:

LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A C A T L A N

Por la oportunidad que me brindo para
una formación profesional integral.

A TODOS AQUELLOS, que gustosos
día a día y en cada lección,
siembran la semilla del progreso
para nuestro gran MEXICO.

EN ESPECIAL A MIS MAESTROS:
MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ
MANUEL AURIOLES LADRON DE GUEVARA
TOMAS GALLART Y VALENCIA
RODRIGO RINCON MARTINEZ
LORENZO ESTEBAN MAYA ROMERO

Por su entrega y dedicación
a tan bella profesión,
porque cabalmente
asumen el compromiso
de formar un buen abogado.

A:

TODOS AQUELLOS QUE CONFORMAN
EL PODER JUDICIAL
Porque en la imparcialidad
descansa la justicia y equidad.

EN ESPECIAL AL:

MAGISTRADO: SALVADOR AVALOS SANDOVAL
MAGISTRADO: MIGUEL MARTINEZ SORIA
LICENCIADO: MIGUEL ANGEL RAJOS ROLDAN

Cuya experiencia y
honestidad, respaldan
tan brillante trayectoria.

INTRODUCCION

La concurrencia aparente de normas incompatibles entre sí es una cuestión de trascendental importancia tanto para el -- alumno como para el Organo de impartición de Justicia, ya que por desgracia es poco conocido en la práxis, y las consecuencias de este desconocimiento se reflejan en la imposición de -- una penalidad que conculca las garantías individuales del sentenciado en virtud de aplicar sanciones previstas en las diver sas normas concurrentes al caso concreto.

La intención del presente trabajo, destaca la importancia de conocer el conflicto aparente de normas incompatibles entre sí, así como los principios de solución que existen para deter minar cual es la norma aplicable al caso concreto.

Por tratarse de un Instituto Jurídico que solo podemos ad vertir o presenciar en un fallo emitido por el Poder Judicial -- por ser precisamente en la aplicación de una pena cuando se -- puede presentar el conflicto aparente de normas incompatibles entre sí, hemos querido a propósito, desarrollar un trabajo de conceptualización global, es decir, los temas seleccionados en esta obra, tienen relación directa con el concurso aparente, -- ya que al determinar que es el Derecho Penal, así como el ám bito que éste cubre y de la intervención del Estado como ente

regulador de esta rama del Derecho Público, necesariamente nos lleva a un marco referencial inmerso en la tutela de bienes -- jurídicamente protegidos y que son inherentes al desarrollo humano.

Conocer todas aquéllas circunstancias, objetos y sujetos que intervienen en un evento criminoso, nos llevan implícitamente a conocer el brazo protector del Derecho Penal que hace posible la convivencia humana.

Pero todo ello no sería importante sino lo complementamos con el estudio dogmático del delito, así como de las diversas formas de comisión de un hecho delictivo, en atención a que el conflicto aparente de normas incompatibles entre sí, tiene lugar cuando dos o más disposiciones reclaman su aplicación en un mismo hecho delictivo, y su solución a través de los principios que la doctrina ha reconocido como válidos, sólo es posible al comprender la jerarquía de bienes jurídicos así como de las circunstancias que en determinado momento rodean al evento, sea agravándolo o atenuándolo, según la calidad del sujeto activo del delito.

Así pues, es evidente el desarrollo de todos aquéllos temas que doctrinariamente tienen cabida en un fallo cuando se presenta el concurso referido, y como sostiene Porte Petit, la cuestión de determinar en forma precisa la figura o figuras penales en que ha de encuadrar la conducta reviste capital importancia en la realización de la justicia penal."

CAPITULO I

"EL DERECHO PENAL"

- 1.- Concepto de Derecho Penal.
- 2.- Ambito que cubre el Derecho Penal.
- 3.- El Estado como regulador del Derecho Penal.
- 4.- Medios represivos del Derecho Penal.
- 5.- Obligatoriedad del Derecho Penal.

L

CAPITULO PRIMERO
"EL DERECHO PENAL"

1.- Concepto de Derecho Penal.-

Nada fácil resulta al investigador pronunciar cualquier - concepto que sobre el Derecho Penal se haya escrito. La doctrina define al Derecho Penal objetiva y subjetivamente.

Así, Cuello Calón lo define objetivamente como: "el con-- junto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de corrección y de seguridad con que aquéllos son sancionados."(1).

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa, comenta: "es el con-- junto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejer-- cicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estable-- ciendo el concepto del Delito como presupuesto de la acción -- del Estado, así como la responsabilidad del sujeto activo, y, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora." Ver en Raúl Goldstein (2).

1.- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, tomo I, Volúmen I, 17a ed. Barce-- lona, Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 1975, página 8.

2.- GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal, Bibliografía Omeba, Ar-- gentina, 1962, página 178-179.

Raúl Goldstein ha incluido en su obra la definición formulada por Manzini, para quien el Derecho Penal es "el conjunto de aquellas normas ético-jurídicas, que son consideradas en un determinado momento histórico y en un determinado pueblo, como absolutamente necesarias para el mantenimiento del orden político-social, y que por ello son impuestas por el Estado -- mediante las sanciones más graves." (3).

Carranca y Trujillo anota: "El Derecho Penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación" (4).

La sustentante comparte opinión con Cuello Calón, porque ciertamente es el Estado quien, mediante la emisión de normas, advierte a los gobernados de aquellas conductas que son -- consideradas legalmente criminosas así como de la sanción que conlleva su comisión.

Permitiéndonos escribir "en el Derecho Penal, se contempla la intervención del Estado como un Ente soberano que, a través de la creación de normas jurídicas delimita el actuar --

3.- Op. cit. página 179.

4.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 16a., ed. Editorial Porrúa, México 1988, página 17.

del hombre, sometiéndolo a claros patrones de conducta, previniendo a éste para que se abstenga de delinquir, so pena de -- ser castigado.

Rebasando el Derecho Penal la conceptualización de ser un conglomerado de normas, ya que su función trasciende materialmente a la cotidianidad de la comunidad, imperando éste para la armoniosa convivencia.

El Derecho Penal en sentido subjetivo, lo define Nuñez -- como "la rama del Derecho que regula la potestad pública de -- castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de las -- infracciones punibles." --ver en Goldstein- (5). Cuello Calón, refiere: "es el Derecho de Castigar (jus puniendi), es el Derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas y, en el caso de su comisión, a imponerlas y -- ejecutarlas."(6).

Carranca y Trujillo sostiene: "El Derecho Penal en sentido subjetivo es la facultad o derecho de castigar (jus puniendi); función propia del Estado por ser el único que puede reconocer válidamente a las conductas humanas el carácter de delitos, conminar con penas y ejecutar éstas por medio de los organismos correspondientes. Pero esta facultad no es ilimitada, -- pues la acota la ley penal misma al establecer los delitos y

5.- op. cit. página 179

6.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 7.

sus penas." (7).

Desde luego, debemos reconocer que diversos autores han negado la subjetividad del Derecho Penal, por considerar que se trata de una obligación o facultad del propio Estado, y no, de un derecho propiamente; "es una potestad derivada del derecho de supremacía del Estado" arguye Manzini, según refiere -- Jiménez de Asúa. (8).

Relata el citado jurista que Ferri y Eusebio Gómez sostienen que "esa acción del Estado frente al delito es en virtud de su poder soberano y del deber que tiene de reaccionar contra éste."(9).

Eugenio Zaffaroni comenta "el pretendido jus puniendi como derecho subjetivo del Estado a incriminar o penar no existe ya que se lesionaría un único bien jurídico, que sería un derecho subjetivo del Estado, del que gozaría al igual que los particulares." (10). Sin embargo, no debemos pasar por alto -- las palabras de Bettiol al señalar "el derecho subjetivo, en todo caso no es sino el reflejo subjetivo derivado de la norma objetiva cuando ésta, de norma abstracta y genérica, es -- decir, de típica reglamentación coactiva de un problema de ---

8.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, 4a. ed., Buenos Aires, 1964, página 72.

9.- op. cit. página 72.

10.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, 2a. ed., Cárdenas -- Editor y Distribuidor, México 1988, página 42.

intereses, pasa a ser "apropiada" por un individuo particular para la tutela de un interés o un bien particular suyo... por eso la figura del Derecho Subjetivo no puede eliminarse... --- sino que, debe ser reconocida toda vez que se quiera dar crédito al derecho objetivo y no se prefiera, en cambio, caer en una situación en la cual la norma se transforma en un recurso a que acude el juez en cada caso, sobre la base de su apreciación personal." (11).

Considerando la sustentante que el sentido subjetivo del Derecho Penal es el fundamento del procedimiento judicial que da inicio con la persecución y que finaliza con la sanción.

También debemos destacar que los juristas que niegan la subjetividad del Derecho Penal, olvidan considerar dentro de su planteamiento al bien jurídico que tutelan las figuras delictivas, porque precisamente en protección de éste, es que se cimenta el carácter subjetivo del Derecho Penal. O dicho de otra manera, en función del bien jurídico tutelado se establecen las normas punitivas que han de sancionar o castigar al delincuente, de acuerdo al daño o peligro a que fue expuesto aquél. Dando vida así a ese Derecho a castigar conocido como jus puniendi.

11.- BETTIOL, Giuseppe, Derecho Penal, Parte General, 4a.ed. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1965, página 144.

2.- Ambito que cubre el Derecho Penal.-

Para establecer las figuras delictivas es necesario todo un mecanismo que no sólo se circunscriba al actuar del legislador, sino que debe estar inmerso en la realidad social de un pueblo; resultando menester entonces, recordar los fines con que fue creado el Derecho Penal, y así entender el ámbito que éste cubre.

Eugenio Zaffaroni explica: "El Derecho Penal fue creado para proveer seguridad jurídica... es decir, el aseguramiento de la coexistencia... introduciendo un orden coactivo."(12).

Complementa Cuello Calón, "al definir el Derecho Penal, nos referimos al derecho penal que tiene por fin el mantenimiento y reintegración del orden jurídico y la protección social contra el delito." (13).

De esto se establece que, el Derecho Penal contribuye al mantenimiento y reintegración del orden jurídico, mediante la tutela de bienes o valores previamente determinados, y que son "aquellos especialmente merecedores y necesitados de protección."(14). Y la "seguridad jurídica no puede entenderse en otro sentido que en el de la protección de bienes jurídicos, -

12.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 26.

13.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 9.

14.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. página 26.

por lo que la pena (orden coactivo), implica una afectación -- de los bienes jurídicos del autor del delito... que tiene por objeto garantizar los bienes jurídicos del resto de los integrantes de la comunidad jurídica." (15).

Para saber cuales son aquéllos bienes merecedores de protección así como determinar en función de que el estado puede jerarquizarlos, recordemos las palabras del jurista Cuello --- Calón "sólo el Estado es el titular del Derecho Penal. Definir los delitos, determinar las penas... pero su facultad punitiva no es ilimitada, tiene sus fronteras infranqueables en los Derechos de las personas" (16). Y es precisamente en el derecho de las personas en que se inspira el Derecho Penal para su tutela y protección, agregando el autor en comentario "el derecho penal verdadero y propio regula hechos que lesionan gravemente intereses colectivos e individuales y que, en su mayoría, - - poseen un marcado tono de inmoralidad..." (17).

De lo que puede desprenderse que el ámbito que cubre el - Derecho Penal queda delimitado perfectamente por el bien jurídico que tutela la norma prohibitiva, ya que tal es el caso, - que incluso, es necesaria la sanción como medida represora de la conducta ilícita.

15.- ZAFFARONI., Eugenio Raúl, op. cit. página 50

16.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 8.

17.- Ibidem, página 11.

La diferencia entre el Derecho Penal y otras ramas del Derecho Público estriba precisamente en las sanciones que le distinguen a éstas, y por ser tan importante el ámbito que cubre el Derecho Penal, es que se debe con toda precisión determinar cuales son aquellas conductas que bajo su tutela han de ser punibles con medidas represoras en protección del bien jurídicamente tutelado.

Resultando entonces relevante para el presente inciso, - destacar cuales son aquellos bienes de que dispone la sociedad y que deben quedar inmersos en el marco penal para lograr la armoniosa convivencia de la sociedad. Es decir, que los bienes que ha dispuesto el legislador como merecedores de protección, no son cualquier bien de que dispone el hombre para la convivencia humana, sino han de ser cuidadosamente seleccionados, para evitar a toda costa su vulneración, ya que han sido catalogados como de esencial importancia para el desarrollo del ser humano, y violentarlos impunemente equivaldría no solo a conseguir la inobservancia de la norma, sino atentaría contra la propia naturaleza del ser social.

Luego entonces, dentro de los valores que rodean al ser humano, el Derecho Penal ha de regular aquéllos que son indispensables para no romper la armonía social, así, los juristas reconocen los de mayor valía como aquellos merecedores de un lugar especial en la jerarquía legal de éstos al ser convertidos de socialmente a jurídicamente tutelados.

Pavón Vasconcelos advierte: "dentro de la escala de valores, el Derecho Penal dispone distintas jerarquías de exigencia." (18). Y para comprender ampliamente esta escala de valores, sobre los que descansa el contenido del bien jurídicamente protegido, Zaffaroni enfatiza: "son aquéllos elementos de que necesita disponer el hombre para realizarse... (la vida, el honor, el patrimonio, etc.)" (19).

Sin embargo, no es tan sencillo asignar el carácter de bien jurídico a cualquier valoración que sobre el acontecer humano se tenga, sino desentrañar la propia naturaleza jurídica del valor, debiendo recurrir a la amplia explicación que sobre la jurisprudencia de los valores formula Bettiol, para quién "el valor es la naturaleza de las cosas expresada en términos inteligibles, de que puede servirse el hombre para sus fines morales. Es precisamente en esta personalidad donde se originan los valores. Así podemos afirmar que la norma penal que incrimina la bigamia, tutela el valor del matrimonio monogámico, es decir, el orden a que el hombre debe someterse al construir una familia. La norma que incrimina el hurto, tutela el valor de la propiedad privada o de la posesión, es decir, el orden a que se somete el hombre para procurarse la riqueza sin afectar la propiedad o la posesión ajenas y así sucesivamente. Tal

18.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 7a. ed. Editorial Porrúa, México, 1985, página 24.

19.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 46.

como lo afirmó Welzel, en esta metafísica del hombre también - los valores encuentran su absoluto. Toda posición historicista queda aquí superada. Los valores se truecan aquí en exigencias impuestas al hombre que actúa en este mundo, sin necesidad de referirlos a un mundo ideal. En esta concepción la oposición - entre valor (categoría abstracta) y vida (individualidad concreta) que para unos es irreductible, se elimina permitiendo - llegar a una mayor comprensión de la realidad social, necesaria para interpretar las normas y para elaborar un sistema --- real⁴¹. Cuando se reconoce que el valor tutelado por una norma_ es por cierto jurídico, en cuanto se vincula con el mundo del_ derecho, aunque eso no supone que fuera de esta relación carezca de un significado propio. Antes de ser un valor jurídico es un valor social, emanado del orden inmanente en la realidad de las cosas. El mundo en que se mueve el derecho no es el de la_ naturaleza, gobernado por las leyes de la causalidad. No es un mundo semejante a un conglomerado caótico que sólo adquiere orden y significación en contacto con las formas arquitectónicas del espíritu humano, sino que se trata del mundo social, im---pregnado de esencias religiosas, morales, políticas y económicas que el derecho tutela en un momento determinado. El Derecho no desciende, pues, del reino ideal de los valores, sino - que también es un valor que actúa en un mundo social para darle a éste significado y orientación."(20)

20.- BETTIOL, Giuseppe, op. cit. páginas 54 y 55.

Este marco referencial nos permite arribar a nuestra propia consideración del ámbito que cubre el Derecho Penal, por lo que decimos: El ámbito que cubre el Derecho Penal, se circunscribe a la protección del bien jurídico, como una resultante del cometido del Estado de proporcionar a sus gobernados la seguridad jurídica, que a su vez, sólo puede ser expresada mediante la propia tutela por parte del Derecho Penal, de los bienes que le son inherentes al hombre para su desarrollo y necesarios para la convivencia humana, y que son elevados por nuestro propio Ordenamiento al rango de preponderantes, sobre la conducta social.

3.- El Estado como regulador del Derecho Penal.

Al hablar del Derecho Penal nos referimos a ese dispositivo de normas que hacen posible la convivencia social, mediante un orden coactivo, sin embargo, es necesario precisar el alcance que éste tiene para que, por una parte se asegure la convivencia social y por la otra, no se vulneren los derechos de la comunidad. Es ahí, pues, donde advertimos la intervención del Estado, al proporcionar a la ciudadanía seguridad jurídica, por ser ésta un cometido de aquél. Y para ello -como ya anotamos con anterioridad-, dispone de todas aquellas facultades que le son propias para crear normas penales que no sólo se limiten a enunciar figuras delictivas, más aún, precisen las sanciones que corresponden a los autores de tales ilícitos.

La finalidad es clara, responder al interés de la comunidad, cuidando desde luego, que esta respuesta no exceda de los límites humanamente determinados e irrenunciables del hombre. Así, el Estado como regulador del Derecho Penal se ve en la extrema necesidad de circunscribir su actuar a un marco socio-culturalmente determinado; por ello Zaffaroni nos comenta, a propósito de la pena "esta privación de bienes jurídicos del autor (agente del delito) debe tener por objeto garantizar los bienes jurídicos del resto de los integrantes de la comunidad jurídica. Pero esa privación de los bienes jurídicos no puede exceder cierto límite...que está culturalmente determinado...so pena de que esa misma injerencia cause alarma social."(21). Refiriéndose el autor a que el Estado al crear la norma penal debe respetar los valores esenciales de la comunidad, pues si excede su castigo al imponer la pena, ello necesariamente repercutirá en los bienes del gobernado, al verse afectados y -- crear en la sociedad la incertidumbre con relación al sentimiento de seguridad jurídica, dando como resultado una alarma social.

Y a propósito de la intervención del Estado, Porte Petit anota: "Es el titular del Derecho Penal en virtud de ser el -- único que tiene facultad para prescribir los delitos, las penas, las medidas de seguridad y la aplicación de éstas."(22) -

21.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. páginas 50, 51.

22.- PORTE PETIT CANDANDAUP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, lla. ed. Porrúa, México, 1987, página 25.

Pavón Vasconcelos puntualiza: "en razón de su soberanía, es el que dicta las normas creadoras de los delitos y las penas o medidas de seguridad aplicables."(23).

Finaliza Cuello Calón diciendo "definir los delitos, determinar las penas y medidas de seguridad, imponerlas y ejecutarlas es exclusiva facultad del Estado."(24).

Debiendo sostener, por lo que a nuestro criterio hace, - que el Estado como regulador del Derecho Penal, provee la seguridad jurídica de la comunidad, mediante la tutela de bienes jurídicos; sin que la imposición de medidas aseguradoras o sanciones excedan los límites socio-culturalmente determinados, - dado que exagerar éstos importaría necesariamente ese sentimiento de incertidumbre en la comunidad, reflejándose como una alarma social.

4.- Medios represivos del Derecho Penal.

El Derecho Penal reviste características especiales en razón de las sanciones que impone, diversas por cierto a las contenidas en otras ramas del Derecho.

23.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 20.

24.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 8.

Así, es el mantenimiento del orden mediante la norma penal lo que implica el empleo de medidas eficaces que garanticen su respeto, ésto indudablemente crea polémica al atribuirse a estas medidas ya sea un carácter preventivo o represivo.

Con la evolución de las ideas penales, se va delimitando el uso de la pena como medida represiva a la par que se vislumbran las garantías individuales que se conceden a los delinquentes. Pero en la actualidad, todavía la doctrina no ha logrado consenso respecto a la prevención de la pena, más bien, ven en ella un carácter eminentemente represivo.

Zaffaroni comenta "los delitos tienen múltiples consecuencias jurídicas, pero la única consecuencia penal, es la pena." (25). Por su parte Eduardo García Maynez sostiene: las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación específica de penas, es la forma más característica del castigo."(26).

Observamos entonces que el principal medio represivo de que se sirve el derecho penal es la pena; agregando Zaffaroni "la pena debe proveer a la seguridad jurídica, pues su objeto debe ser la prevención de futuras conductas delictivas." (27).

25.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 59.

26.- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, 37a. ed. Porrúa, México, 1985, página 305.

27.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 59.

Cuello Calón hace referencia a las consideraciones formuladas por Liszt, "la pena se justifica por ser necesaria para el mantenimiento del orden jurídico y como consecuencia de --- ello para la seguridad social." (28).

En stricto sensu consideramos la pena como el medio represivo utilizado por el derecho penal. Por eso, Cuello Calón considera que la pena "es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal." (29).

Sin embargo, al lado de las penas encontramos las medidas de seguridad, que al decir de Zaffaroni, "son todas --- aquéllas consecuencias jurídicas que se hayan previstas en el Código Penal." (30). Aunado a ello, Liszt arguye "pena y medida de seguridad son análogas e inseparables, son dos círculos secantes que pueden reemplazarse mutuamente y sólo cabe su diferenciación práctica no teórica." (31).

En cuanto a la naturaleza de los medios represivos, Birk Meyer apunta: "la pena es represión y se halla destinada al --- fin de la compensación; las medidas de seguridad por el contrario son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al --- fin de la seguridad." (32).

28.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 55.

29.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit. página 305.

30.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 59.

31.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit. página 306.

32.- Ibidem.

"La pena cumple una función de prevención general en tanto constituye una amenaza "advirtiéndolo e intimidando a todos los ciudadanos..." Y una prevención especial cuando recae especialmente sobre el delincuente." (33).

Toca a la sustentante señalar que el carácter represivo o preventivo que se les atribuye a los medios represivos que utiliza el Derecho Penal, no será en este trabajo donde tenga lugar su análisis, dado que tal, concierne a la política criminal.

Dable es, finalizar el presente punto, diciendo que, -- nuestro Código Penal, en su artículo 24, se contenta con -- puntualizar: "Son penas y medidas de seguridad", haciendo una enunciación de ambas, sin especificar según se tratara de la primera o la segunda.

Por eso, sostenemos que, Existen diversidad de sanciones en nuestro marco legal, pero sólo el ámbito penal, introduce medios coactivos eficaces para hacer cumplir la norma.

5.- Obligatoriedad del Derecho Penal.

La obligatoriedad del Derecho Penal, es la consecuencia lógica de la característica que le distingue como lo es la heteronomía, misma que ha sido definida por De Pina Vara como "calidad atribuída a la norma jurídica en virtud de la cual - su validez y consiguiente fuerza de obligar no depende de la voluntad de los sujetos a quienes va dirigida, manifestandose aún en el caso de oposición de éstos." (34).

García Maynez complementa "su obligatoriedad no podrá fundarse en una voluntad humana, sino en exigencias ideales y en última instancia, en valores objetivos. El hombre debe ser sincero, no porque se haya propuesto serlo, o porque un legislador cualquiera se lo ordene, sino porque la sinceridad es un valor que puede y debe realizar." (35).

Pero no toda norma de derecho es obligatoria para los destinatarios, por ello, el Código Civil, vigente para el Distrito Federal, estatuye: La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla, o modificarla. sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero. (artículo 6o. Código Civil.)

De lo que podemos resumir que, el Derecho Penal goza de una característica más, para ser obligatorio, nos referimos -

34.- DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho Penal, 12a. ed. Porrúa, México, 1984, página 290.

35.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit. página 23.

a la coercibilidad, ésta que hace posible someter al destinatario de la norma en un marco que debe regir su vida, a pesar de la voluntad propia. Por eso García Maynez anota "el derecho tolera y en ocasiones incluso prescribe el empleo de la fuerza como medio para conseguir la observancia de sus preceptos. -- Cuando éstos no son espontáneamente acatados, exige de determinadas autoridades que obtengan coactivamente el cumplimiento. La posibilidad de recurrir a la violencia, con el fin de lograr la imposición de un deber jurídico, se halla, por tanto, normativamente reconocida."(36).

Así, Kelsen agrega "si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción."(37).

Luego entonces, la obligatoriedad del Derecho Penal, se funda en las características de heteronomía y coercibilidad - que están presentes en la norma, a fin de obtener a costa del interés individual, el social o general que ha de distinguir el Derecho Penal al tutelar el bien jurídicamente.

Tal situación es advertida por NAWIANSKY cuando determina: "las normas jurídicas quieren lograr un determinado comportamiento externo mediante una coacción externa organizada,

36.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit. página 23.

37.- KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, Traducción de LEGAZ LACAMBRA, Luis, Editora Nacional, México, 1979, página 72.

el portador de ellas debe estar en condiciones de poder mandar ese comportamiento externo y de imponerlo a los reacios valiéndose de medios externos. Los mandatos jurídicos contienen la -- voluntad de que los súbditos jurídicos se comporten externamente de determinada manera, y los súbditos jurídicos deben ajustar su propia voluntad a esa voluntad." (38).

Es necesaria la introducción de estos medios coactivos, -- dado que influyen en el ánimo del destinatario, como certeramente lo reconoce el citado jurista "la aplicación efectiva del Derecho se debe no solamente a la obediencia que se le presta, -- sino también a la represión de su desobediencia que actúa psíquicamente infundiendo el temor a la coacción."(39).

Por ello, "nuestro sentimiento jurídico, exige que un hombre sólo sea castigado "en virtud" de un hecho por él cometido o no impedido (si bien hubiera "podido" omitir su comisión o -- evitar que el hecho se realizase). Nuestro sentimiento jurídico exige, además, que en la comisión o la no oposición al hecho -- socialmente dañoso haya culpa, es decir, intención, previsión o negligencia, que es lo único que justifica la realización de -- un acto coactivo, en especial la aplicación de una pena contra un hombre!" (40).

38.- NAWIANSKY, Hans, Teoría General del Derecho, Traducción de ZAFRA ---- VALVERDE, José, Editora Nacional, México, 1980, página 43.

39.- Ibidem, página 45.

40.- KELSEN, Hans, op. cit. página 65.

CAPITULO II

"DEL DELITO"

- 1.- Concepto.
- 2.- Diferentes connotaciones del delito.
- 3.- Clasificación del delito.
- 4.- sujetos que intervienen en el delito.
- 5.- El bien jurídicamente tutelado.

CAPITULO SEGUNDO

"DEL DELITO"

1.- Concepto.

Vertir cualquier concepto que sobre delito pronuncie la doctrina, difícil es, por razones no sólo de criterio, sino es pues, la realidad que ha contribuido a diversificar opiniones por cuanto a éste se refiera. Siendo aplicable en este momento, el comentario de Cuello Calón "...es muy probable que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa."(1).

Carranca y Trujillo comparte este criterio cuando afirma "el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política."(2).

Esto se debe, precisamente como lo advierten los juristas, al factor época. Así, los delitos que atentaban a la religión, y que fueron severamente castigados en la época del oscurantismo, fueron superados con el período humanitario, -- etc.

- 1.- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, volumen I, 17a.ed. Barcelona, Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 1975, página 287.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 16a. ed., Porrúa, México, 1988, página 220.

Al decir de Maggiore, Delito es, "desde el aspecto ideal, puede llamarse pues, todo acto que ofende gravemente el orden ético y exige una expiación en la pena. Agregando que, la definición nos ayuda a distinguir el delito, en sentido jurídico, del pecado y de lo moralmente ilícito."(3).

Carrara lo define como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso."(4).

Cuello Calón arguye: "puede definirse al delito como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena."(5).

Filosóficamente se ha definido como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal.

Corresponde a la sustentante sostener que: el delito, es la tipificación que el Estado hace en nuestro Ordenamiento Penal, de aquéllas conductas que son reputadas como atentatorias del bien jurídicamente tutelado.

- 3.- MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Volúmen 1, 5a. ed. Temis, --- Bogotá, 1971, página 257.
- 4.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 7a. ed. Porrúa, México, 1985, página 164.
- 5.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratato de Derecho Penal, Tomo III El Delito, - 4a. ed. Lozada, 1963, página 29

2.- diferentes connotaciones del delito.-

Decía Carrara que el delito como ente jurídico es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y política-mente dañoso." (6).

Se debe a Rafael Garófalo el concepto de delito natural, cuya intención fuera la aplicabilidad universal de éste en -- cualquier época, definiéndolo como "la lesión de aquélla parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos al----truístas fundamentales (piedad y probidad), según la medida - media en que son poseídos por una comunidad y que es indis---pensable para la adaptación del individuo a la sociedad."(7).

Amplias críticas hallaron tales definiciones; respecto a Carrara, Binding señaló en su oportunidad "dos faltas obscurecen la verdadera esencia de aquél principio jurídico".(8). En cuanto a Garófalo mucho se criticó el limitar su definición - a sólo dos sentimientos el de piedad y probidad. Refiriendo - Jiménez de Asúa los argumentos de Lucchini, Alimena, Berenini Perri y Florian entre otros.

6.- op. cit. página 164.

7.- ibidem, página 163-164.

8.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 53.

Desde el punto de vista dogmático podemos estudiar al delito atendiendo a sus elementos constitutivos, con lo cual, - la mayoría de tratadistas concuerdan, a pesar de aquellos que se empeñan en ver al delito como "un bloque monolítico, imposible de escindir en elementos." (9).

En cuanto al concepto jurídico del delito, que se resume en "delito es toda acción legalmente punible", le han valido una serie de críticas, una tautología es, señala Zaffaroni, y agrega "lo que nos interesa -al menos para nuestros objetivos prácticos- es saber qué caracteres debe tener una conducta para ser considerada una "infracción punible" (10). Maggiore -- categóricamente arguye: "esta tautología es tan evidente que no vale la pena insistir en ella." (11).

Del delito, señala Castellanos Tena que "el sistema unitario o totalizador, no se puede dividir ni para su estudio - por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble." (12).

Ante la inutilidad práctica de la teoría unitaria, se -- han impuesto las concepciones estratificadas del delito, que son las que se hallan generalizadas en la doctrina penal contemporánea. (13)

9.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 165.

10.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 336.

11.- MAGGIORE, Giuseppe, op. cit. página 252.

12.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 15a. ed. Porrúa, México, 1981, página 129.

13.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 336.

Así, contrariamente al sistema unitario o totalizador - - existe el atomizador o analítico, que no es otra cosa que definir y entender al delito a través de sus elementos constitutivos, a cuyo respecto encontramos criterios bitómicos, tritómicos, pentatómicos, exatómicos, heptatómicos, según sus elementos contemplados.

Franz Von Liszt, consideró al delito como un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena. Ernesto Von Beling lo define como la acción típica, antijurídica, culpable subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad. Edmundo Mezger lo considera una -- acción típicamente antijurídica y culpable...; para Max Ernesto Mayer, el delito es un acontecimiento típico, antijurídico, e imputable...; definiciones que nos regala Pavón Vasconcelos.-- (14).

La discrepancia se presenta cuando hablamos de imputabilidad, incluso la propia punibilidad, porque se sostiene que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y no un --- elemento del delito, lo mismo ocurre cuando nos referimos a la punibilidad, justificándose la polémica con la naturaleza re--presiva del Derecho Penal, esto es, que la punibilidad es una consecuencia inherente al delito, y no un elemento constitutivo de éste.

De la corriente estratificada o analítica Jiménez de --
Asúa comenta "de la manera más analítica y programática, ve --
mos el delito como acto típicamente antijurídico imputable al
culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penali-
dad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos ca--
sos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de --
ella".(15).

Pavón Vasconcelos, seguidor del criterio pentatómico ex-
plica "un concepto substancial del delito sólo puede obtener-
se dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De
este desprendemos, que el delito es la conducta o el hecho tí-
pico, antijurídico culpable y punible". Considerando ser 5 --
sus elementos y explicando que el artículo 7o. precisa el ac-
to y omisión y que en la propia formula legal, se encuentran_
ínsitos los demás elementos."(16).

Compartiendo esta formula Porte Petit, quién sustenta: -
relacionando este precepto con el propio ordenamiento, descu-
brimos una conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, im-
putabilidad, culpabilidad y la punibilidad. Señalando que la
conducta o hecho, se obtiene del citado numeral y del núcleo_
del tipo penal, la tipicidad en el momento de verificarse la_
descripción del numeral, antijurídica por no encontrar aside-
ro jurídico en alguna causa de licitud, la imputabilidad - -

15.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 63

16.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 165

queda relacionada con la fracción II del artículo 15 del cuerpo legal citado, explicando escuetamente que habrá culpabilidad - cuando exista reprochabilidad; relacionando a su vez la punibilidad con el numeral base de la definición (art.7o.)" (17).

Saíz Cantero, seguidor de la formula pentatómica indica: "de acuerdo con ella, para que la conducta del hombre (acción u omisión) merezca la retribución que la pena supone para su - autor, ha de estar adornada de todas las características que - la definición apuntada destaca (tipicidad, antijuridicidad, -- culpabilidad, punibilidad,)"(18).

Resulta sorprendentemente explícito Zaffaroni "el concepto del delito como una conducta típica, antijurídica y culpable... se elabora conforme a un criterio sistemático que corresponde a un criterio analítico que trata de reparar primero en la conducta y luego en el autor: delito es una conducta humana individualizada, mediante un dispositivo legal (tipo) que revela - la prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le - es reprochable (culpable).. El injusto (conducta típica y antijurídica) revela el disvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma, en tanto que la culpabilidad es una

17.- PORTE PETIT, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I, 11a. ed., Porrúa, México, 1987, página 203.

18.- SAINZ CANTERO, José A., Lecciones de Derecho Penal, Parte General, --- 3a. ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990, página 473.

característica que la conducta adquiere por una especial condición del autor (por la reprochabilidad que del injusto se le - hace al autor). (19).

Pretendiéndo concluir nuestro estudio hemos de enunciar - las palabras de Carranca y Trujillo "el delito es el acto típi- camente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad...Ahora bien, el acto tal como nosotros lo concebimos, independiente de la tipicidad es más bien el - soporte natural del delito, la imputabilidad es la base psico- lógica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son ad- vertencias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurí- dica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipici- dad, antijurídidad y culpabilidad, constituyendo la penali- dad, con el tipo, la nota diferencial del delito." (20).

Finaliza Castellanos Tena "los elementos esenciales del - delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabili- dad, más esta última requiere de la imputabilidad como presu- puesto necesario.(21). Verificándose en la práctica la usanza del método analítico o atomizador para la exposición y concep- ción del delito, lo que redundo en una mejor comprensión.

19.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 343.

20.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 16a. ed., Porrúa, México, 1988, página 223.

21.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 132.

3.- Clasificación de los Delitos.-

Por lo que corresponde a la clasificación de los delitos han surgido innumerables criterios, así como también enconadas críticas a las definiciones legales, tratándose de los delitos permanentes e instantáneos; lo que comentaremos con toda oportunidad, pero, hemos querido partir de la clasificación que se ñala Castellanos Tena; continuar con Porte Petit, comentar la referida por Pavón Vasconcelos y finalizar con los comentarios de Carranca y Trujillo; así obtener un claro panorama de este apartado, pero con toda franqueza diremos que es menester verter casi en su totalidad los conceptos que de cada clasificación se emitan, lo que, de ninguna manera implica que pretendamos repetir lo ya escrito, sino porque el tema lo requiere.

-Clasificación de Castellanos Tena.

Por su gravedad, se clasifican en:

1. Crímenes.
2. Delitos.
3. Faltas.

Respecto de los dos primeros se comprenden los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre, subsumiéndose en el segundo grupo las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social; y, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno dentro del último grupo.

Agregando el maestro Castellanos Tena que existen divisiones que contemplan únicamente los delitos y las faltas; lo que en nuestro país carece de importancia, por concebir los delitos en nuestro Código y las faltas merezcan un carácter meramente administrativo, quedando incluidos los crímenes en los primeros.

Por lo que toca a la conducta se clasifican en:

acción

omisión

En los delitos de acción entendemos el actuar positivo del hombre; hace precisamente lo que la ley prohíbe (vrg. robar). - Lo contrario ocurre si se trata de delitos cometidos por omisiones, donde el agente deja de realizar lo que la ley ordena. Asentando el autor que, los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

La omisión se divide en:

omisión simple; y

comisión por omisión

Reconociéndose en la simple omisión un dejar de hacer lo que la ley dispone, trayendo como consecuencia un resultado meramente formal; mientras que en la comisión por omisión se observa un cambio en el mundo exterior, provocado por la omisión del agente. (vrg. el carcelero que teniendo la obligación de custodiar a los reos omite hacerlo, y con ello provoca la evasión de éstos, artículo 150 del Código Penal.). Como advierte Castellanos Tena, en la omisión simple se viola una norma dis-

positiva y en la comisión por omisión se viola tanto la dispositiva como la prohibitiva.

Atinente al resultado, los delitos se clasifican en:

-formales

-materiales.

Formales se les denomina, a todos aquéllos que no provocan una mutación en el mundo exterior, llamados también de simple actividad o de acción (artículo 171, fracción II C. Penal); materiales son todos aquéllos que producen un resultado o cambio. (vrg. homicidio, lesiones, robo, etc.)

Por el daño que causan son:

-de lesión.

-de peligro.

Esto es, con relación a los bienes tutelados, siendo por tanto los de lesión aquéllos en los que se causa un daño directo y efectivo sobre los bienes protegidos. (ejemplo es el robo porque se afecta el patrimonio de las personas al sufrir un -- detrimento su economía). Y en los de peligro, corroboramos que se pone en dicha situación al bien tutelado, de donde deriva la posibilidad de causar un daño (artículo 199 bis del Código Penal).

En orden a la duración se han distinguido en:

-instantáneos.

-instantáneos con efectos permanentes.

continuados.

permanentes.

Todos aquéllos en los que el tipo penal se colma con la - realización de la conducta, o como señala Carranca y Rivas: -- "cuando la acción se extingue en un solo momento, o sea, al -- coincidir con la consumación... al cerrarse el proceso ejecutivo el agente ya no tiene ningún poder para prolongarlo ni para hacerlo cesar" (23). A pesar, de que el maestro Castellanos -- Tena al pretender interpretar las palabras de Soler cuando dice "el carácter de instantáneo no se lo dan a un delitos los - efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria", Castellanos equivoca el sentido de ésto cuando refiere que el delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios - actos o movimientos...no importando que a su vez, esa acción - se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo; considerando la sustentante que, Soler refiere precisamente la -- consumación de la acción, independientemente de si se dá o no un cambio en el mundo fáctico aún cuando puede coincidir o no la acción y la consumación con el resultado, como ocurre en el homicidio, en que la acción del activo cuando dispara un arma de fuego directamente al corazón de la víctima, consume el delito al privar de la vida a la persona y por ende provoque una mutación en el mundo fáctico, al perder la vida un ser humano.

23.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. página 241.

Probablemente refiérase Castellanos a aquéllas conductas _ que a pesar de perfilarse como delictivas, la ley ha señalado - el momento consumatorio, es decir, el momento en que esa actividad se convierte en delictiva. (ejemplo: el individuo que entra a una tienda de autoservicio oculta bajo su vestimenta aquéllos artículos que va a robar, y aparentemente podríamos considerar_ ese el momento consumatorio, sin embargo, la ley ha expresado - que se considera consumatoria la conducta cuando el sujeto sale de la tienda con el producto. Lo anterior en virtud del poder - de disposición que todavía tiene el dueño de la tienda mientras el producto no salga de su esfera patrimonial o de dominio.

Considera la sustentante que el ejemplo claro del delito - instantáneo lo constituye la violación (art. 265 Código Penal).

Respecto a la definición que nuestro Ordenamiento Penal -- contiene, el artículo 7o, dice:

Art. 7o. El delito es:

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

Comenta Carranca y Rivas que debierase referir a la acción y no a la consumación "...la acción es la que se extingue en un solo momento o no. La acción entonces, podrá coincidir o no con la consumación." (24),(25).

24.- Código Penal Mexicano, 52a. ed. Porrúa, México, 1994, página 8.

25.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. página 241.

Tratándose de delitos Instantáneos con efectos permanen--
tes, nos indica Castellanos que "son aquéllos cuya conducta --
destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instan--
tánea, en un sólo momento, pero permanecen las consecuencias -
nocivas del mismo." Es por ello que, Soler ha dicho "...habrá_
también delitos instantáneos con efectos permanentes y éstos -
que tan comunes son, deberán ser cuidadosamente distinguidos -
de los verdaderos delitos permanentes..."(26).

Ejemplo de los delitos instantáneos con efectos permanen--
tes lo constituye lo preceptuado en el artículo 152 del Código
Penal, donde la evasión de personas tiene lugar en un solo ac--
to, sin embargo, los efectos perduran todo el tiempo que los -
evadidos se encuentran prófugos.

El delito continuado.- Es aquél en que encontramos varias
acciones y una sola lesión jurídica. Por eso señala Castella--
nos, "es continuado en la conciencia y discontinuado en la eje--
cución, reconociéndose tres características: 1.-unidad de re--
solución; 2.- pluralidad de acciones (discontinuidad en la eje--
cución); 3.- unidad de lesión jurídica"

Es decir, en el delito continuado encontramos la viola---
ción al bien jurídico desde la primera hasta la última ejecu--
ción, pero constituyéndose la unidad de dicha lesión, precisa--
mente por la unidad de resolución.

En este sentido, Carranca y Rivas ha sostenido que el delito continuado que señala la fracción III del artículo 7º del Código Penal, lo llamaría "pluriactivo" ya que lo que define a este delito, siguiendo la idea de la Ley, es la diversidad de acciones (que no de conductas)" (27).

Delitos Permanentes.- Se les ha denominado a todos - - - aquéllos en que -dice la ley- "la consumación se prolonga en el tiempo".(28). Para Soler este delito existe "cuando la - -- acción delictiva misma permite, por sus características, que - se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo -- que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de -- sus momentos."(29). En tanto Dauerverbrechen refiere que "permanente es el delito de consumación indefinida, el delito que perdura, cuyo tipo legal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar." (30).

Podemos advertir que se habla tanto de acción prolongada como consumación prolongada; sin embargo, compartimos criterio con Carranca y Rivas cuando refiere que "no cree que se -- trate de la consumación prolongada...sino de la acción prolongada".(31).

27.- Ver en Carranca y Trujillo, Raúl, op. cit. página 241.

28.- Código Penal, para el Distrito Federal, Greca Editores, página 9.

29.- Ver en CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 139.

30.- Ver en PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 236.

31.- Ver en CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. página 241.

Criterio contrario sostiene Porte Petit, al decir de los delitos instantáneos con efectos permanentes, así como de los propios permanentes "la distinción que existe entre ambos delitos, consiste en que mientras en el primero la consumación es instantánea, y los efectos son durables, en el segundo, la consumación es duradera".(32) Pavón Vasconcelos se pronuncia en -- igual sentido al exponer: "por ello se dice que existe delito permanente, cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación."(33).

Sin embargo, como apuntalamos con anterioridad, nuestro -- criterio se inclina por razonar la permanencia en función de la prolongación de la acción o actividad del agente del delito, no así de la consumación prolongada. Ello en virtud de que la consumación se verifica desde el primer momento en que el sujeto logra la producción del resultado querido, en tanto la acción no la repite, sino la prolonga tanto tiempo como dure o quiera prolongarla. Incluso, el propio Porte Petit, reconoce que el -- criterio vertido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación_ se ha pronunciado en favor de la acción prolongada, y como transcribe: "no deben confundirse los delitos continuos con los llamados permanentes, en que la prolongación más o menos amplia de LA ACTIVIDAD CRIMINAL deriva de la propia esencia legal del tipo, como en el rapto, en que el delito permanece prolongado en el tiempo, mientras dura la retención de la mujer."(34).

32.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 301.

33.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 237.

34.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomo XXIX, página 25, Segunda -- Parte, Sexta Epoca.

En el Código Penal, vigente para el Distrito Federal, en contramos tipos penales que refieren la presencia de estos delitos permanentes, y entre otros, los que contemplan los articulos 364 fracción I y 366 fracción I, donde la acción privativa de libertad, notamos, es la que se prolonga en el tiempo, y por ende, como sostiene la Corte, la figura delictual permanece prolongada en el tiempo, porque podemos verificar todos sus elementos, en razón precisamente de la duración de la acción, lo que en manera alguna pudiera entenderse como una constante consumación como pretende Pavón Vasconcelos.

Castellanos Tena ha señalado: "el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta."(35).

Por el elemento interno, se dividen en:

Dolosos.

Culposos.

*Preterintencionales.

Se les llama dolosos a aquéllos en que el agente del delito ejecuta la acción que debe producir el resultado querido es decir, los que, para su comisión requieren de la voluntad del sujeto para producirlo. Hasta inicios de esta década, estos delitos eran conocidos como intencionales, por revelar precisamente la intención del activo de cometerlos.

Por ello, el citado Castellanos Tena dice: "se llaman dolosos cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico."(36).

Culposos.- Se llaman a todos aquéllos que se producen a consecuencia de la negligencia o impericia atribuídas al agente del delito. Mismos que, hasta inicios de esta década eran conocidos como imprudenciales, pero en nuestra legislación actualmente se reconoce su producción a la falta de previsión.

*Preterintencionales.- Antes de definirlos, cabe hacer la aclaración que éstos desaparecieron de nuestra legislación penal en los inicios de los noventa, debido que por diversas reformas se planteó la conveniencia de suprimirlos. Y en criterio de la sustentante, francamente no existían hipótesis que pudieran determinar esta forma de comisión.

Con lo anterior, sólo nos contentaremos con indicar que Castellanos Tena ha escrito; "Es preterintencional cuando el resultado sobrepasa a la intención.

Delitos Simples y Complejos:

Simples.- Nos refiere el maestro Castellanos Tena que "son aquéllos en que la lesión jurídica es única" o mejor dicho en que la lesión se produce con respecto a un solo bien.

Complejos.- Aquéllos en que se lesionan dos bienes, cuya unificación da nacimiento a una figura delictiva de mayor penalidad que las consideradas aisladamente. Señalando este autor el delito de Robo Calificado por cometerse en casa habitada, - donde se subsume el allanamiento de morada, creándose con ello la figura compleja.

Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.-

Unisubsistentes.- Comenta el autor ya mencionado, son --- aquéllos que se forman por un sólo acto.

Plurisubsistentes.- Los que se forman de varios actos.

Apuntando Porte Petit "la conveniencia de distinguir el - acto de la acción, ya que podemos estar frente a un delito uni subsistente, constituída la acción por un solo acto o ante un delito plurisubsistente, constituída la acción a su vez por -- varios actos" (37).

Expresando Soler que "el delito plurisubsistente es fusión de hechos y el delito complejo es fusión de figuras delictivas. (38).

37.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 295.

38.- Ver en PAVON VASCONCELOS Francisco, op. cit. página 237.

Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.-

Anota Castellanos Tena que en esta clasificación se atiene al número de sujetos activos del delito. Así, unisubjetivos cuando interviene un individuo. Sin embargo, existen tipos penales que para colmarse requieren la participación de dos o -- más sujetos. Como por ejemplo el delito de ROBO ESPECIFICO, - contenido en el último párrafo del artículo 371 del Código Penal.

Por la forma de su persecución.-

-de querrela necesaria o privados

-de oficio.

Los primeros son aquéllos que se perseguirán previa manifestación de los ofendidos o sus legítimos representantes, y - que se caracterizan por ser precisamente dicha manifestación - una facultad para extinguir la acción penal si así se desea. - Excepción a esto la constituye el delito de abandono de cónyuge, donde el perdón del ofendido no es suficiente para conceder la libertad del procesado, sino hasta que se satisfagan los requisitos señalados en el artículo 338 del Código Penal, surtirá efectos éste.

Atinente a los delitos perseguibles de oficio, nos dice - Castellanos Tena "la autoridad esta obligada a actuar por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con

independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido."(39). Cuya excepción a esta regla - la constituye lo dispuesto por el artículo 336 respecto al --- abandono de hijos, con relación al 337, ambos del Código Penal vigente para el Distrito Federal, donde el último numeral cita "El abandono de hijos se perseguirá de oficio...Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal..."(40).

En función de la materia:

Delitos comunes

Delitos Federales

Delitos Oficiales

Delitos Militares

Delitos Políticos.

Comunes, refiere Castellanos Tena, los dictados por las legislaturas de los Estados.

Federales, contemplados en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Oficiales, los cometidos por servidores públicos con motivo de su función o cargo, es decir, en abuso de éste.

Militares, los que atañen a la milicia con motivo de su disciplina. Y Políticos, los cometidos contra la nación.

39.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 144.

40.- Código Penal, para el Distrito Federal, Greca Editores, página 121.

Carranca y Trujillo, tomándo en consideración al sujeto pasivo y al objeto jurídico los secciona en:

a).- Delitos contra el individuo.- Contra su vida e integridad corporal, contra su honor, contra su reputación, contra su libertad, contra su estado civil, contra su seguridad y contra su patrimonio.

b).- Delitos contra la familia.- En las relaciones matrimoniales mismas o en relación paterno-filial.

c).- Delitos contra la sociedad.- Contra la salud pública, contra la moral o las buenas costumbres, contra la fé pública, -- por funcionarios en ejercicio de su función, contra las comunicaciones, contra la economía nacional, responsabilidad penal de profesionistas.

d).- Delitos contra la Nación o el Estado.- Contra la seguridad exterior de la nación, contra el orden público, contra las autoridades y ultraje a las insignias nacionales.

e).- Delitos contra la seguridad internacional.- Piratería, -- violación de inmunidad y neutralidad, violación de derechos de prisioneros, heridos, rehenes y hospitalizados.

También han merecido una clasificación los ilícitos atendiendo al tipo penal, es decir, por la descripción que reviste,

así Castellanos Tena señala lo siguiente:

Por su composición:

Normales

Anormales.

En este apartado se atiende principalmente a los elementos del tipo, es decir, de aquéllos con que se estructuran los tipos, debiendo recordar que se componen de:

elementos objetivos

elementos normativos

elementos subjetivos.

Consistiendo los primeros en aquéllas palabras que utiliza el legislador, las que, pueden apreciarse por los sentidos, esto es, son de palpación material; normativos, son aquéllas palabras que emplea el legislador y para cuya comprensión es necesario remitirse a otras fuentes, por ello, se afirma que son de valoración cultural o incluso, jurídica, cuando la propia ley nos dice el concepto. En cuanto al elementos subjetivo, son aquéllas palabras que el legislador señala y que residen en el interior del agente del delito, como son la intención y el ánimo.

En este orden de ideas, se dice que los tipos son normales cuando contiene o se formulan con elementos objetivos. Y serán anormales cuando la descripción penal incluya elementos normativos y/o subjetivos.

Al decir de éstos, señala Jiménez de Asúa "normales, son_ aquéllos que se integran con elementos objetivos, de aprehen-- sión cognoscitiva material, mientras que los anormales incluyen también elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento im plica un juicio valorativo por el aplicador de la ley."(41).

Por su ordenación metodológica, se dividen en:

Fundamentales o básicos

Especiales

Complementados.

Los primeros también llamados simples, nos dice Porte Pe-- tit, "es aquél que no deriva de tipo alguno y cuya existencia - es totalmente independiente de cualquier otro tipo. Son aquéllos que no contienen circunstancia alguna que agrave o atenué la pe nalidad."(42). Para Mezger y Jiménez Huerta, entre otros, el ti po fundamental o básico, se considera como la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código Penal, sirviendo a su - vez como base para la formulación de otros tipos delictivos.

Especiales, llámense a todos aquéllos que han sido elaborada dos tomando en consideración la descripción del básico y la con currencia de alguna circunstancia determinada.

41.- Ver en PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 286.

42.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 355.

A su vez, los delitos especiales se dividen en:

Agravados.

Privilegiados.

Esto es, en función del tipo básico y la circunstancia que en ellos concurra, misma que es considerada por el legislador - ya sea de mayor o menor penalidad. Así los delitos especiales - agravados serán de mayor punibilidad, como ocurre con el homicidio tipificado con relación al parentesco, descrito en el artículo 323 del Código Penal. Y contrariamente a ellos, serán de menor penalidad los delitos especiales atenuados, como ocurre con el homicidio descrito por el artículo 310, del Código Penal, con relación al estado emocional violento del agente del delito y cualquier circunstancia que lo atenúe.

Complementados.- Son considerados así, todos aquéllos delitos que para su comisión concurren factores determinados, mismos que influyen en la penalidad. Como ocurre con el delito de Robo, dispuesto por el último párrafo del artículo 371 del Código Penal, en el que se complementan tanto el robo, como la asociación delictuosa, y cualquier calificativa. Señalando Castellanos Tena "Estos delitos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta."(43).

Recientemente, y en virtud de las reformas que sufrió nuestra legislación Penal en mayo de 1996, advertiremos la presencia

de una gran variedad de tipos complementados.

En función de su autonomía e independencia, son:

Autónomos o independientes

Subordinados.

En cuanto a los primeros señala Jiménez de Asúa "por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento, poseen autonomía."(44).

Subordinados.- Son aquéllos que nacen de la aplicación del básico y la concurrencia de alguna circunstancia modificadora - pero sin que se origine un delito autónomo..

Por su formulación se dividen en:

Casuísticos

Amplios.

Los llamados de formulación casuística, son todos aquéllos en que el legislador enuncia diversas maneras de comisión, y -- que a su vez se dividen en:

Alternativamente formados; y

Acumulativamente formados.

En los de formación alternativa, el tipo se colma con la - concurrencia de cualquier hipótesis que en ellos se contenga, -

44.- Ver en, PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 356.

como ocurre con el Allanamiento de morada así como el despojo.

En los tipos acumulativamente formados, no obstante de --- describir diversas circunstancias, es necesario que para colmar el tipo se verifiquen todas y cada una de ellas, como ocurre -- con el descrito por el artículo 237 del Código Penal, tratándose de la elaboración de monedas.

Por su parte los tipos amplios, son aquéllos en los que se menciona la conducta ilícita, y como apunta Castellanos Tena, - "cabén todos los modos de comisión", como ocurre con la evasión de preso, descrita por el artículo 150 del Código Penal, vigente para el Distrito Federal.

Por el daño que causan se dividen en:

De daño o lesión

De peligro.

Si el tipo prevee la destrucción o disminución del bien tutelado, se tratará de lesión, y si prevee la posibilidad de que pueda dañarse o exponerse el bien, entonces será de peligro. Como se advierte de los numerales 377 y 336 bis del Código Penal_ vigente para el Distrito Federal, dándose en el primero la lesión y en el segundo el peligro.

En la actualidad nuestra legislación penal, gracias a las_ diversas reformas hechas al Código Penal en mayo de 1996, contiene diversos dispositivos que de manera clara y eficaz protegen el riesgo de lesionar o poner en peligro el bien, porque los anteriores tipos básicos no solucionaban la finalidad de éstos.

4.- Sujetos que intervienen en el delito.-

Hemos de distinguir al sujeto activo y al pasivo en el delito, por lo que, haremos un estudio del agente del delito, para posteriormente ocuparnos del pasivo.

Sujeto activo.- Por éste debemos entender al individuo con capacidad para delinquir, siendo pertinente desde luego, reconocer que antaño se consideraban como tales tanto a los animales como objetos inanimados. Contándose en la historia diversos juicios instruidos a éstos durante la Edad Media.

En la actualidad, como señala Cuello Calón, la mayoría de los tratadistas son acordes en que "la capacidad para delinquir sólo reside en los seres racionales". Pronunciándose Carranca y Trujillo "solo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable."(45). Siguiendo el criterio Castellanos Tena advierte "solo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales, es el único ser capaz de voluntariedad."(46).

Saíñz Cantero, desde otro enfoque también coincide en el sujeto activo como persona, cuando dice "es la persona que realiza la conducta típica, quién conjuga el verbo que constituye

45.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. página 263.

46.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 149.

el núcleo del tipo."(47). Finalizando Pavón Vasconcelos "sólo_ el hombre es sujeto activo del delito, porque unicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico Penal." (48).

El problema del sujeto activo se suscita cuando se cuestiona la existencia de la persona moral como sujeto de delito, por que desde luego, existen criterios que aprueban la punición a - éstas y quienes niegan la capacidad para delinquir de tales.

Tratadistas como Gierke y Mestre han reconocido en la persona moral la responsabilidad penal, argumentando que "las personas morales poseen una existencia real, distinta e indepen--diente de la conciencia y voluntad de los miembros que la com--ponen" afirmando Gierke que "la pena corporativa excluye toda - pena individual para los miembros de la persona colectiva", en tanto Mestre aduce que la pena corporativa no repudia la pena - contra cada uno de los individuos responsables.

Pero muy a pesar de ello, la mayoría de los tratadistas --niegan tal capacidad a éstas, así Carranca y Trujillo, ha sos--tenido los argumentos de Florian, como certera crítica contra - la responsabilidad penal de las personales morales, cuando re--fiere que la imputabilidad de dichas personas llevaría a pres--cindir de la persona física o individual que le dió vida como - sujeto sancionable; por otra parte, la pena que se aplicase a -

47.- SAINZ CANTERO, op. cit. página 481

48.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 167.

la corporación se reflejaría sobre todos sus miembros, sobre todos los socios culpables o inocentes." (49).

"Las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito". (50).

Sin embargo, debemos reconocer mucho juicio en lo citado por Saíñz Cantero, al afirmar: "la negación de la responsabilidad criminal para las personas jurídicas no supone que la sociedad haya de permanecer inerte ante las infracciones delictivas que de ellas provengan, serán responsables las personas individuales que la componen cuando corresponda; por otro lado, en las legislaciones se prevén si no penas sí medidas preventivas o cautelares contra las propias personas jurídicas."(51).

Tal postura se tomó en el II Congreso Internacional de Derecho Penal en Bucarest, 1929, donde señala Cuello Calón "la justa posición en este punto la marcó dicho acuerdo, medidas preventivas para las personas morales, responsabilidad criminal individual, penas, para los directores, gerentes o administradores que hayan cometido la infracción para satisfacer intereses de la persona colectiva o con su cooperación."(52).

49.- Ver en CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. página 264.

50.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 149

51.- SAINZ CANTERO, op. cit. página 483.

52.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 324.

Quedando claro que, sólo el individuo es el único ente capaz de cometer conductas delictivas; sin embargo, la reunión de estas personas en una colectiva, no implica que dejen de tener capacidad por sí para cometer ilícitos; al respecto la legislación penal mexicana contempla la aplicación de medidas preventivas, como son la suspensión de la agrupación o su disolución cuando lo estima necesario para la seguridad pública, según dispone el artículo 11 del Código Penal, vigente para el Distrito Federal.

El sujeto pasivo.-

Antes de definir al sujeto pasivo, es necesario señalar que -- en ocasiones, el sujeto pasivo se diferencía del ofendido, es decir, del titular del derecho lesionado, y si bien el ofendido y el sujeto pasivo no suelen ser la misma persona, no menos cierto es, que rara vez ambas figuras no se reúnen en la misma persona, ya que casi siempre coinciden en una sola, es por ello que la mayoría de los juristas, definen al sujeto pasivo en -- coincidencia con el ofendido, es decir, como una misma persona, que, como ya mencionamos, en la práctica no siempre son coincidentes. En este orden de ideas, por sujeto pasivo, de acuerdo con Jiménez de Asúa y Antolisei, entendemos al "titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito" (53), o -- bien como argumenta Castellanos Tena "es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma." (54).

53.-JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 89.

54.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 151.

"El titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta típica realizada por el sujeto activo"(55). -- "el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito."(56).

Ha señalado Saíñz Cantero que "es la persona física o jurídica, que a consecuencia de la comisión del delito, sufre un daño patrimonial o de otra clase."(57). "es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal."(58). Agregando Castellanos Tena "generalmente hay coincidencia entre el su jeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes."(59).

La condición de sujeto pasivo, nos informa Jiménez de Asúa puede atribuírse al hombre, la persona jurídica, el Estado o la colectividad.

Por su parte Cuello Calón refiere con respecto a quienes pueden ser sujetos pasivos: "el hombre individual cualquiera que sea su condición, edad, sexo, estado mental, cualquiera -- que sea su condición durante su vida. Las personas colectivas pueden ser sujeto pasivo en las infracciones contra su honor y contra su propiedad."(60).

55.- SAINZ CANTERO, José A., op. cit. página 485, 486.

56.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 330.

57.- SAINZ CANTERO, José A., op. cit. página 486.

58.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 151.

59.- Ibidem.

60.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 331.

Así Jiménez de Asúa explica: "el Estado es susceptible de ser paciente en el delito, puesto que tiene patrimonio propio e incluso una honorabilidad colectiva."(61). Complementando Cuello Calón, en cuanto que el Estado es sujeto pasivo del delito, en "las infracciones contra su seguridad exterior e -- interior."(62); "en los casos que se quebranta un bien ó un interés exclusivo del Estado como Entidad Política o Administrativa."(63).

Desde luego, el hombre, la persona jurídica o colectiva - y aún el propio Estado, pueden reunir la calidad de sujeto pasivo, en cuanto son afectados por la conducta ilícita del agente del delito, en virtud de ser titulares o poseedores del - - bien jurídicamente tutelado y que se vulnera con el delito.

Por parte de la sustentante, no resta sino insistir en la diferencia de figuras por cuanto hace al sujeto pasivo del delito y el ofendido del delito cuando ambas no se reúnen en una misma persona, ya que cuando no hay coincidencia, por ofendido entendemos a aquél individuo que ha sido lesionado con la comisión del evento criminoso, en tanto que el sujeto pasivo es -- quién soporta la actividad criminal del agente, y que por supuesto no es el titular del bien jurídicamente tutelado por el dispositivo penal, por pertenecer al ofendido en el delito.

61.- op. cit. página 91.

62.- op. cit. página 331.

63.- op. cit. página 92.

5.- El bien jurídicamente tutelado.-

Zaffaroni comenta con toda claridad que "el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le -- afectan", abundando "El ente que el orden jurídico tutela contra ciertas conductas que le afectan no es la cosa misma, sino la relación de disponibilidad del titular de la cosa."(64).

Aún y cuando autores como Saíñz Cantero llama bien jurídicamente tutelado "a toda cosa apta para satisfacer una necesidad humana"(65). Bettiol es exacto al hacer referencia al bien jurídicamente tutelado como ese poder de disposición del sujeto cuando afirma: "el valor es la naturaleza de las cosas, expresado en términos inteligibles de que puede servirse el hombre para sus fines morales."(66).

Advertimos que la naturaleza jurídica del bien penalmente tutelado, radica en el derecho de disposición respecto de la - cosa, contra cualquiera que no sea su titular, estableciendo - Bettiol "la relación entre un sujeto y una cosa en cuanto ésta es apta para satisfacer sus necesidades."(67). Cuya tipifica-- ción revela la protección del bien por parte del Estado.

64.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 410.

65.- Op. cit. página 487.

66.- BETTIOL, Giuseppe, Derecho Penal, Parte General, 4a. ed. Temis, Bogotá 1965, página 54.

67.- Ver en Saíñz Cantero, Op. cit. página 487.

Según Raúl Goldstein, indica que para Von Liszt, "el concepto de bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho y cuando son sometidos a su regulación, se transforman en bienes jurídicos y permite conocer con exactitud la función del orden jurídico penal."(68).

Enconadas críticas han recibido los juristas que hablan del bien jurídico como poder de disposición de la cosa, porque señalan sus críticos que existen bienes que no son disponibles como la vida y el Estado; considerando Jiménez de Asúa que "reducir todo a un mero interés es tan erróneo como exigir que el bien esté al específico y concreto servicio del titular."(69).

Sin embargo, Zaffaroni sostiene:"en el sentido de disponibilidad como uso, la vida es el más disponible de los bienes - ya que solemos gastarla como queremos a cada momento, al decidir de ella...; en el mismo sentido, el Estado es un bien jurídico y por ende disponible."(70).

Respecto a lo que ocurre con la moral como bien jurídico, tutelado, el citado autor arguye que "la moral pública es un sentimiento de pudor, que se supone que tiene derecho a tener y que es bueno que tenga la población, pero si alguien carece

68.-GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal, Argentina, Omeba, 1962, página 70.

69.-JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 105.

70.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 412.

de tal sentimiento, no puede obligarsele a que lo tenga ni a que se comporte como si lo tuviera, en la medida en que no lesione el sentimiento de aquellos que lo tienen, sólo en este sentido de sentimiento de pudor puede hablarse de la moral (71).

En cuanto a la función que cumple el bien jurídicamente tutelado, Saíenz Cantero refiere que González Ruz advierte que no puede prescindir del concepto sustancial de éste en cuanto que el legislador lo que en definitiva hace es elevar a la categoría de bien jurídico lo que ya en la realidad social se muestra como valor.(72).

Por su parte Zaffaroni sostiene que "el bien jurídico cumple una función garantizadora en cuanto que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados y una función teleológico--sistemática, que dá sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita. Ambas funciones son necesarias para que el Derecho Penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno."(73). "Permite conocer con exactitud la función del orden jurídico penal, facilita la comprensión del tipo, es la base para la exposición sistemática de la parte especial y es de suma importancia práctica para la correcta interpretación de la ley" (74).

71.- Op. cit. página 413.

72.- SAINZ CANTERO, José A., op. cit. página 488.

73.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 414.

74.- Ver en GOLDSTEIN, Raúl, op. cit. página 70.

CAPITULO III

"LA TEORIA DEL DELITO"

- 1.- Conducta.
- 2.- tipicidad.
- 3.-Antijuridicidad.
- 4.- Culpabilidad.
- 5.- Punibilidad.

CAPITULO TERCERO
"LA TEORIA DEL DELITO"

Hacer el estudio de la teoría del delito, implica analizar éste desde sus elementos constitutivos, o dicho de otra forma, a través del sistema analítico o atomizador.

En virtud de que la doctrina considera los elementos del delito desde ópticas diversas, según el número que de ellos -- quiera ver el jurista, la sustentante realizará el estudio de éstos, considerando los siguientes:

- conducta.
- tipicidad.
- antijuridicidad.
- imputabilidad.
- culpabilidad.
- punibilidad.

Cabe apuntar que la verificación o concurrencia de éstos, es necesaria en el desarrollo del evento criminoso, para afirmar que estamos en presencia de un delito.

1.- CONDUCTA.- Para referirse a este elemento del delito, la doctrina ha utilizado diversos términos -como apunta Zaffaroni- "conducta, acción, acto, hecho. La terminología en torno

de la conducta suele ser anárquica" (1). Apuntando el maestro Castellanos Tena "nosotros preferimos el término conducta; -- dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo."(2); complementa Zaffaroni "hay autores que hablan de acto, como un concepto que abarca la acción y la omisión, otros autores utilizan en un particular sentido penal la voz "hecho", considerando que "hecho" es la conducta más el nexo causal y el resultado."(3).

Es evidente que se habla de conducta, hecho, acción, ac-
to, de manera indistinta; la sustentante por convenir al ----
desarrollo del tema, ha de referirse a este elemento del deli
to como "conducta", por considerarlo más propio.

Concepto.- Afirma el maestro Castellanos Tena que: "Es -
el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, en-
caminado a un propósito."(4).

Se dice también que la conducta "consiste en el peculiar
comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en -
una actividad o inactividad voluntaria."(5).

- 1.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, 2a. ed., Cárdenas --
Editor y Distribuidor, México, 1988, página 359.
- 2.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal,
Parte General, 15a. ed. Porrúa, México, 1981, página 147.
- 3.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, op. cit. página 359.
- 4.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 149.
- 5.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte_
General, 7a. ed. Porrúa, México, 1985, página 186.

"La acción lato sensu, se entiende para los efectos penales, - como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de -- una acción en sentido estricto -acto- ó de una omisión" (6).

Lo anterior importa establecer que la conducta debe com--- prender la acción en estricto sentido y la omisión; esto es, - un comportamiento positivo o negativo, según se trate.

Dentro del primer supuesto -la acción-, Pavón Vasconcelos advierte: "consiste en la conducta positiva, expresada median--- te un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario, con violación de una norma prohibitiva." (7).

Considerando Cuello Calón "es todo hecho humano voluntario todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modi--- ficar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modifica-- ción." (8).

Raúl Carranca y Trujillo estima que "la acción consiste - en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola la norma que prohíbe." (9).

6.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 17a, ed. Porrúa, México, 1991, página 276.

7.- PAVON VASCONCELOS, Francisco., op. cit. página 187.

8.- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Volúmen I, 17a ed. Barcelo--- na, Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 1975, página 336.

9.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, op. cit. página 152.

Siendo los elementos de la acción, refiere Edmundo Mezger "un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer" (11).

La omisión.- Apunta Cuello Calón "es la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado."(12). Por ello, Sebastian Soler afirma "el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención" -- (13).

Siendo tajante Eusebio Gómez, con quién compartimos criterio al decir, "son delitos de omisión aquéllos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio."(14).

Distinguiéndose en este tipo de delito la omisión simple u omisión propia, de la comisión por omisión, también llamada omisión impropia.

En los delitos de omisión simple, dice Castellanos Tena: "el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno...En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse." (15).

11.- Ver en CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 155.

12.- CUELLO CALON, eugenio, op. cit. página 336.

13.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 152.

14.- Ibidem, página 153.

15.- Ibidem.

Los elementos de la omisión tanto simple como impropia son: -- una voluntad, una inactividad, un resultado, sea formal o material.

ASPECTO NEGATIVO.- Para entender el aspecto negativo de este elemento del delito, debemos atender a la exposición de Jiménez de Asúa cuando refiere: "puede decirse que toda conducta que no sea voluntaria -en sentido de espontánea-, y motivada, supone ausencia de acto humano."(16). Es decir, "el movimiento corporal sin voluntad como la inactividad involuntaria, no conforman una conducta." (17).

La doctrina ha considerado determinados actos humanos como carentes de voluntad, y por ende, ausentes de conducta. -- Aunque la regla general señala que "cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son -- "suyos" por faltar en ellos la voluntad." (18).

Tenemos como actos carentes de voluntad:

- la fuerza irresistible.
- la fuerza mayor.
- el sueño y el sonambulismo.
- la hipnósis.
- actos reflejos.

16.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Editorial A Bello, Caracas 1945, página 220.

17.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 254.

18.- Ibidem.

En el primer supuesto no hay conducta "debido a que una fuerza física exterior a la que el sujeto materialmente no puede resistir, anula totalmente la voluntad de actuación (acción) o de no actuación (omisión)." (19).

En palabras del propio Maurach, es "el brazo prolongado del sujeto activo de la fuerza". Ver en Saíenz Cantero (20).

Fuerza mayor.- Hemos sostenido que para la ausencia de conducta, menester es que el acto o la omisión se produzcan por intervención de una fuerza capaz de anular la voluntad del individuo. A diferencia de la vis absoluta, donde la fuerza exterior proviene del hombre, en la fuerza mayor, proviene de la naturaleza ó de seres irracionales. Es decir, que el resultado se propicia por acontecer fenómenos naturales de tal magnitud que anulan la voluntad del sujeto, ó por intervención de seres irracionales que conllevan a la producción de dicho evento.

Sueño y Sonambulismo.-

Respecto al sueño, se ha dicho que es "el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, - puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. El estado sonambúlico es similar al sueño, el

19.- SAINZ CANTERO, José A., op. cit. página 520.

20.- Ibidem.

sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios." (21).

Hipnósis.- Descrito por el autor en comento, como "una serie de manifestaciones del sistema nervioso, producidas por -- una causa artificial." (22).

Actos reflejos.- Son aquéllos movimientos corporales que provocan el resultado, pero que no se encuentran ligados a la voluntad del sujeto, es decir, no existe conexión entre la voluntad y los actos reflejos, aún y cuando éstos propicien la conducta.

Desde luego, todas estas formas de relación con el aspecto negativo de la conducta, han provocado enconadas críticas y por ende, división de posturas, pues en tanto algunos sectores de la doctrina arguyen que se trata de verdaderas causas de la ausencia de conducta otro número de doctos considera que son causas de inimputabilidad o inculpabilidad, según la posición adoptada.

Finalmente, el Código Penal, vigente para el Distrito Federal, en su artículo 15, fracciones I y X, dispone:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

21.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 259.

22.- Op. cit. página 262.

2.- TIPICIDAD.-

Al dar lectura al artículo 14 Constitucional, párrafo ter
cero, que dice ... "en los juicios del orden criminal queda pro
híbido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de ra--
zón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente_
apllicable al delito de que se trata."

De lo que se establece que no existe delito sin tipicidad,
esto es, que la conducta realizada por el agente, debe circuns_
cribirse en todas sus partes a la descripción que del injusto_
hace el legislador en los preceptos penales.

Así, el artículo 297 del Código Procesal Penal, refiere:
Art. 297.- Todo auto de formal prisión deberá reunir los si---
guientes requisitos: I...;

III.- Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acredi
ten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba -
seguirse proceso.

Lo que en resumen impone, verificar si hay tipicidad, es
decir, si la conducta desplegada por el agente del delito, en-
caja en la descripción hecha por el tipo penal. Por ello, pode
mos definir a la tipicidad, como la corroboración de que la --
conducta sostenida del activo del delito, ha revelado su carác
ter ilícito, al encuadrar perfectamente en la descripción que_
de prohibida hace el legislador al tipificarla, lo que en la
práxis se conoce como juicio de tipicidad.

Se llega a la tipicidad, mediante el estudio de los elementos que conforman el tipo penal, por ello, debemos a continuación definir al tipo penal, del que, Eugenio Zaffaroni ha dicho "el tipo es lógicamente necesario para una racional averiguación de la delictuosidad de una conducta...es la fórmula que pertenece a la ley."(23).

Porte Petit comentando el criterio que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, escribe: " El tipo delictivo de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena."(24).

Jiménez Huerta, al referirse a Beling apunta, "el tipo es la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva."(25).

Llamado también figura del delito, según palabras de Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas, cuando indican: "la acción ha de encajar dentro de la figura del delito, creada por la norma penal positiva..."(26).

23.- ZAFFARONI, EUGENIO, Op. cit. página 392 y 393.

24.- Ver en PORTE PETIT, CELESTINO, op. cit. página 335.

25.- Ver en PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, op. cit. página 269.

26.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL y coautor, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 18a.ed., Porrúa, México, 1991, página 422.

Así, Castellanos Tena cuando se refiere a la tipicidad, - la define como "la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto." (27).

Más aún, Carranca y Trujillo ha dicho "aceptado en nuestro derecho el dogma nullum crimen sine lege y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción, puede afirmarse que la tipicidad es el elemento --- constitutivo del delito y que sin ella no sería inculparable - la acción.

Cabe destacar que, el tipo penal contiene diversos elementos de estructura, los que comunmente la doctrina los divide - en:

- elementos objetivos
- elementos subjetivos
- elementos normativos.

Siendo descritos los primeros por Pavón Vasconcelos como "aquéllos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad."(28).

En tanto, los segundos son, aquéllos que el legislador ha relacionado con la intención del activo o factor interno de éste, catalogándolos Harold Fischer como "ciertos momentos - -

27.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 165.

28.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 276.

subjetivos que intervienen en la necesaria relación entre lo - ilícito y lo lícito, observando que en ocasiones lo antijurídico de la acción se califica en razón del propósito del agente" (29).

Finalmente, los elementos normativos, se constituyen por aquéllas palabras que introduce el legislador en el tipo y que requieren de valoración de determinada ciencia o incluso cultural.

ASPECTO NEGATIVO

Hemos diferenciado el tipo de la tipicidad, por lo que, - al hablar del aspecto negativo de este elemento, también debemos incluir la ausencia del tipo.

Atipicidad.- Es la falta de adecuación de una conducta al tipo penal, por no colmarse las hipótesis contenidas en la descripción hecha por éste, es decir, no hay coincidencia entre - lo estatuido por el tipo y la conducta del activo.

Distinta es la ausencia de tipo, ya que ésta obedece a la falta de previsión del legislador, de ciertas conductas que el sentir humano califica como lesivas y que no se encuentran -- enunciadas en el contexto penal. Ejemplo de ello, lo constituyó en su momento el hostigamiento sexual, que hasta hace pocos

29.- Ver en PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, op. cit. página 279.

años carecía un marco punitivo, no obstante que, socialmente - era reprobado. Siendo cada vez más eficaz nuestro Poder Legislativo, por lo que se refiere a tipificar todas aquéllas conductas lesivas de la convivencia y no sólo socialmente hablando, sino también dentro del seno familiar, donde, en innumerables casos se abusaba del derecho de corregir. Nuestra reciente reforma al Código Penal para el Distrito Federal, publicada en el Diario oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1997, crea el tipo penal de violencia familiar, así entonces, es punible dicha conducta.

La atipicidad no siempre implica dejar impune una conducta, ya que si ésta encuadra en otro tipo legal, entonces habremos de la traslación de ésta al dispositivo aplicable, lo que en la práctica se conoce como reclasificación del delito, o bien, en el último de los casos hablaríamos del delito en grado de tentativa. Lo que en modo alguno puede confundirse con la falta de tipo.

Atinadamente Pavón Vasconcelos señala "la ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia de tipo." (30)

Afirmación, la anterior, con la cual desterramos el equívoco de Castellanos Tena al sostener: "en el fondo, en toda ---

atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra -- exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo."(31). Máxime si recordamos que determinadas figuras delictivas admiten su comisión en grado de tentativa como ---- ocurre con el tipo de ROBO.

Finalmente y de acuerdo con la doctrina, se reconocen las siguientes causas de atipicidad:

-cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.

-cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto al sujeto pasivo.

-cuando hay ausencia de objeto ó bien, cuando existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a -- sus atributos.

-cuando habiéndose dado la conducta, estan ausentes las - referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo.

-cuando no se dan en la conducta o hecho concreto los medios de comisión señalados por la ley.

-cuando estan ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo penal.

Su fundamento en nuestra legislación penal lo encontramos en la fracción II del artículo 15, que dispone: "El delito se excluye cuando: II.- Falte alguno de los elementos del tipo -- penal del delito de que se trate.

31.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, op. cit. página 172.

3.-ANTI JURIDICIDAD.-

Al retomar en este apartado las palabras de Bettiol sobre la jurisprudencia de los valores como premisa para determinar el bien jurídico a tutelar, esto es, el orden al que se somete el hombre para procurarse determinados bienes que le son inherentes a su desarrollo, y que por ende se encuentran ínsitos en el tipo penal. Así determinamos que la norma jurídica protege tales, en cuanto se vinculan con el mundo del derecho en un momento determinado, aún cuando se encuentren impregnados de - esencias religiosas, morales, políticas y económicas.

Definiéndose la antijuridicidad como la afrenta que hace el activo a esas normas de derecho mediante la comisión de su conducta.

Carranca y Trujillo dice: "es en suma la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado..."(32).

Coincidiendo diversos autores en que la antijuridicidad - tiene cabida cuando la conducta desplegada por el sujeto no encuentra amparo en alguna causa de justificación que la ley enumera expresamente.

32.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Y COAUTOR, op. cit. página 353.

Reconociéndose una dualidad de la antijuridicidad, señala da por Franz Von Liszt, como antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

Apuntando Cuello Calón que "hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material)." (33).

Porte Petit establece: " La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva, se hace lo que está prohibido y no se hace lo que está ordenado." (34). Y materialmente antijurídico "cuando el comportamiento humano lesiona intereses sociales tutelados para dicha norma"; según Bettiol.

En resumen, la antijuridicidad es formal por el simple hecho de hacer lo que la ley prohíbe, y es materialmente antijurídica la conducta que lesiona el bien jurídicamente tutelado por la norma, es decir cuando se da un cambio en el mundo fáctico precisamente por la conducta del activo del delito.

ASPECTO NEGATIVO

Al decir de Castellanos Tena, "puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin ---

33.-Ver en CASTELLANOS TENA, FERNANDO, op. cit. página 178.

34.- PORTE PETIT, CELESTINO, op. cit. página 376.

embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad"(35)

Entendiendo por causas de justificación, aquéllas condiciones que tienen el poder de excluír la antijuridicidad de una conducta típica.(36).

Dichas condiciones responden a un interés preponderante, es decir, "al existir dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, una hipótesis de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo." (37).

Determinando la sustentante a las causas de justificación como, el permiso concedido por la ley, para lesionar un bien jurídicamente tutelado por la norma, ante una situación de peligro de la condición humana o bien, al ejerce actos propios de ciertas actividades legalmente reconocidas.

35.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, op. cit. página 179.

36.- Ibidem, página 181.

37.- Ibidem, página 186.

En la doctrina se reconocen como causas de justificación, las siguientes:

- legítima defensa
- estado de necesidad
- cumplimiento de un deber
- ejercicio de un derecho
- obediencia jerárquica
- impedimento legítimo.

1.- Legítima defensa.- Se entiende por ésta, la producción de un delito, derivada de la repulsa que hace el individuo a una inminente agresión que está a punto de sufrir sin derecho alguno, seáse a su persona o a terceros.

Definiéndola Castellanos Tena como "la repulsa de una - - agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras - personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección" (39). Considerándose la agresión antijurídica como "todo ataque que el atacado no esta obligado a consentir."(40).

Afirmando Cuello Calón "cuando en la vida se presentan si tuaciones de esta índole, cuando la autoridad no puede acudir en auxilio del injustamente agredido, no es posible en tal --

39.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 190.

40.- MEZGER, Edmund, Derecho Penal, Parte General, Libro de estudio, Cárdenas Editor y Distribuidor, página 169.

situación de desamparo imponerle que permanezca inactivo y sucumba a la agresión injusta. Su reacción contra la agresión sufrida es perfectamente justa y conforme a derecho" (41).

Así, para la escuela clásica la justificación de esta eximente descansa en la sustitución de pública por ésta. Considerando los positivistas que más bien, se trata de un acto de --justicia social. Desde luego, hay quienes al igual que Castellanos Tena, consideran que esta eximente encuentra justificación en la preponderancia de intereses.

Las hipótesis que se dan en la legítima defensa son:

- una agresión injusta y actual.
- un peligro inminente de daño.
- una repulsa a dicha agresión.

Finalmente, en nuestro Derecho Penal Mexicano, encontramos las causas justificativas en el artículo 15 del Código Penal, donde se puede leer:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ...

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad en los --medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e --inmediata por parte del agredido o de la persona a quién se --

defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quién por cualquier medio -- trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma -- obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una -- agresión.

De la anterior transcripción, solo resta agregar que, la sustentante considera que con relación a la racionalidad de los medios empleados, debiera adicionarse "de que dispone en el momento de la afrenta", ya que no puede hablarse de racionalidad si solo se cuenta con un arma de fuego para repeler la agresión aún y cuando el ofensor porte un arma blanca..

2.- Estado de Necesidad.-

Queda contemplado como causa de justificación en razón de la necesidad imperiosa que existe, de tener que sacrificar un bien jurídico para salvaguardar otro, de igual o más valía, -- ante el peligro, sea, real, actual o inminente.

Por eso Von Liszt afirma "es una situación de peligro --

actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio, que la violación de los intereses de -- otro, jurídicamente protegido" (42).

Más explícito resulta Pavón Vasconcelos al considerar "el estado de necesidad caracterízase por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazador hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio."(43).

El estado de necesidad contiene las siguientes hipótesis:

-una situación de peligro, real, grave e inminente. (es esta hipótesis la que da nacimiento a la disyuntiva, al concurrir y no poder coexistir ambos bienes.)

-que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado. (la exposición al peligro puede ser respecto de bienes propios o ajenos.)

--un ataque por parte de quién se encuentre en el estado necesario. (la producción del ilícito ante la imposibilidad de que coexistan ambos bienes.)

42.- Ver en CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 203.

43.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 327.

-ausencia de otro medio practicable menos perjudicial (no se cuenta con otra solución que haga posible la coexistencia - de ambos bienes.)

Cabe destacar que es precisamente en el estado de necesidad donde se aprecian con más claridad los caracteres de la - preponderancia de intereses.

El estado de necesidad en nuestra legislación.

Dentro de las causas que excluyen el delito, nuestro Código Penal contempla el estado de necesidad así:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico_ propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no oca_ sionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de me_ nor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el de_ ber jurídico de afrontarlo.

Sin embargo, el estado de necesidad tiene limitaciones, - ya que atendiendo a lo dispuesto por el artículo 16 del mismo_ Ordenamiento, interpretado a contrario sensu; el agente debiera producir la lesión al bien que no puede coexistir, en lo extric_ tamente necesario o requerido para salvaguardar al otro, pues_ su exceso implica una penalidad.

CASOS ESPECIFICOS.-

-aborto terapéutico.-

Artículo 334.- No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictámen de otro médico, siempre que ésto fuere posible y no sea peligrosa la demora. (artículo 334 del Código Penal, vigente para el D.F.).

-robo de famélico.

Artículo 379.- No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. (artículo 379 del Código Penal, vigente para el D.F.).

3.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

4.- EJERCICIO DE UN DERECHO.

5.- IMPEDIMENTO LEGITIMO.

En cuanto a estas eximentes, resulta oportuno mencionar que son consecuencia de la observancia derivada de una ley o actividad amparada por el Estado, es decir, por la autorización otorgada por el Gobierno, para ejercitarse en determinadas actividades o deportes en los que necesariamente se producen determinados ilícitos, y por ser precisamente autorizada su práctica, no llevan ínsita la antijuridicidad éstos.

Así, Franz Liszt sostuvo "son justificados aquellos actos que se producen en ejecución de un fin que el Estado ha reconocido." (44).

Por su parte, el Código Penal, respecto a las eximentes, indica:

Artículo 15.-El delito se excluye cuando:

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;.

Atinente al impedimento legítimo, mucho se ha discutido si es diverso al ejercicio de un derecho o al cumplimiento de un deber, pronunciándose Jiménez Huerta por considerarlo dentro del estado de necesidad, en tanto Castellanos Tena afirma que se trata del cumplimiento de un deber.

4.- IMPUTABILIDAD.-

Tratándose de este elemento del delito, se ha polemizado abundantemente por la doctrina, pero por no ser el propósito del presente trabajo profundizar en la discusión, nos limitaremos a exponer algunos comentarios respecto de la ubicación que la doctrina atribuye a la imputabilidad.

44.- Consultar en JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, op. cit. p.314

Comenta Zaffaroni "la imputabilidad penal es un concepto_ que ha sido definido con muy distinta extensión y, en conse--- cuencia, con esa extensión también se le han asignado muy dife_ rentes ubicaciones. Para algunos fue total capacidad psíquica_ para el delito y debía ser ubicado como anterior a la conducta misma, en tanto que, en el otro extremo, hay quienes pretenden que no forma parte del delito, sino que pertenece a la teoría_ de la sanción, con lo que su ausencia daría lugar a la aplica_ ción de una medida en lugar de una pena."(45)

Jiménez de Asúa, vierte su óptica "En una sistemática to_ tal del Derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada_ en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamien_ to jurídico del país; pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en_ la parte de la infracción. Por eso no puede prescindirse de -- ella en la teoría jurídica del delito...al definir al delito,_ nosotros damos vida propia a la imputabilidad como requisito - del crimen, a fin de poder ilustrar mejor la base de la culpa_ bilidad."(46).

Así, la imputabilidad ha sido considerada como presupuesto general del delito, como un elemento integral del mismo, o bien, como el presupuesto de la culpabilidad.(47).

45.-ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 565.

46.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 325.

47.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 370.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Concepto.-

"La imputabilidad en sentido amplísimo es la imputación física y psíquica."(48)

"imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias."(49).

Ahora bien, para poder imputar a una persona la comisión de un ilícito, nos dice Castellanos Tena "debe tener capacidad de entender y de querer.", continúa diciendo "podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal."(50).

Para determinar esa capacidad de querer y entender, se atiende al conjunto de condiciones mínimas de salud y del desarrollo mental en el autor en el momento del acto típico penal.

Afirmando Castellanos Tena "comunmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental."(51).

Así, será imputable el individuo que posea esa capacidad de querer y entender al momento de la ilicitud de la conducta, actuando por libre albedrío.

48.-ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 565.

49.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 325.

50.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 217.

51.- Ibidem, página 221.

La doctrina también reconoce que, hay quienes se colocan en estado de inconsciencia voluntariamente para cometer el ilícito, sin embargo, la ley los considera imputables. A estos supuestos se les conoce como "acciones liberae in causa". Tales son denominadas así, y no se consideran como hipótesis de inimputabilidad, dado que son acciones libres en su causa, pero de terminadas en cuanto a su efecto.

Y explica Castellanos Tena que dichas acciones se determinan cuando el sujeto se procura ese estado dolosa o culposamente atendiendo al acto precedente, o sea, aquél en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movio su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad y por ello el resultado le es imputable.(52).

ASPECTO NEGATIVO

Debido a que la imputabilidad se relaciona con la capacidad del individuo de querer y entender en el campo del Derecho Penal, diremos que, cuando existen factores que anulan o afectan esa capacidad nos encontramos ante el aspecto negativo de este elemento del delito, y que conoce nuestra doctrina como inimputabilidad y reconocido en nuestra ley como causa que excluye el delito.

En razón de que nuestro Derecho Penal, fija la responsabilidad penal a partir de los 18 años de edad, los menores de ésta, son considerados inimputables.

52.- CASTELLANOS TENA, Fernándo, op. cit. página 221.

En la actualidad ha encontrado serias críticas tal postura, que según los ius-penalistas, debiera ser modificada para fijar la responsabilidad penal a partir de los 16 años de edad, sin embargo, se considera que a partir de los 18 años se alcanza el pleno desarrollo mental y se dan las condiciones de salud requeridos para tener la capacidad de querer y entender en el campo penal. Motivo por el que no daremos pie a la discusión, respecto de si un menor de 18 años y mayor de 16 debiera considerarse inimputable ó responsable penalmente.

Dentro de la inimputabilidad encontramos factores que determinan ésta, en función de la capacidad de querer y entender que requiere dicho elemento. Así, se reconocen los estados de inconsciencia (permanentes y transitorios); la sordomudez, sin restar importancia a que la doctrina aún refiere el miedo grave, figura excluyente que hasta hace algunos años, nuestro Código Penal contenía.

En el primer rubro, Zaffaroni afirma que la perturbación de la conciencia, tiene cabida por insuficiencia de las facultades ó por alteración de las facultades, adicionando que, dentro de la insuficiencia de las facultades caben todas las oligofrenias, es decir, los casos en que hay una falta de inteligencia congénita ó producida por detención del desarrollo, que reconocen tres grados (profundo, medio y superficial, llamados tradicionalmente idiocia, imbecilidad y debilidad mental) a condición de que no provoquen una incapacidad mas profunda.

Sordomudez.- En la doctrina, hasta hace tan sólo una déca da atrás, todavía era muy cuestionable el criterio con que nuestra legislación penal incluía a los sordomudos en el rubro de inimputables, ya que, tratadistas como Castellanos Tena, ha---ciendo un análisis del artículo 67, existente hasta principios de la década anterior, señala que el legislador solamente se limitaba a enunciar a los sordomudos, sin preveer la plena imputabilidad para aquéllos que estuvieran instruídos o bien, -- que a consecuencia de algún padecimiento o accidente perdieren la capacidad de hablar y oír; ya que si bien es cierto, al momento de cometer el evento criminoso carecían de tales, no menos importante era el hecho de que sí tenían capacidad de querer y entender, sea por estar instruídos, o bien, por adquirir dicho conocimiento con anterioridad a la pérdida de tales capacidades.

Actualmente, nuestra Legislación Penal, vigente para el Distrito Federal, refiere: artículo 67.- En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el proceso correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución dela pena impuesta por el delito cometido.

5.- CULPABILIDAD.-

Este elemento del delito, se analiza desde dos ópticas, - una psicologista y otra normativista. Para los primeros, la -- culpabilidad ha de encontrarse en el factor volitivo del sujeto, es decir, la culpabilidad es el vínculo entre la voluntad_ y el resultado.

Porte Petit, partidario de dicha corriente define la culpabilidad como "el nexu intelectual y emocional que liga al su_jeto con el resultado de su acto." (53).

Por su parte, los normativistas encuentran el fundamento_ de la culpabilidad en el juicio de reproche a un acto de un -- hombre capacitado para cumplir con determinado deber.

Así, Jiménez de Asúa ha sostenido "en el más amplio senti_ do puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presu-- puestos que fundamenta la responsabilidad personal de la conduc_ ta antijurídica."(54).

Siguiendo este criterio, Villalobos afirma "la culpabili_ dad, genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden_ a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta en -

53.- Ver en CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 233.

54.- Ibidem.

franca oposición en el dolo o indirectamente, por indolencia - o desatención nacidos del desinterés o subestimación del mal - ajeno frente a los propios deseos en la culpa." (55).

La culpabilidad se da bajo dos supuestos:

el dolo

la culpa

En el primer supuesto el agente encamina su voluntad - - consciente a la ejecución del hecho tipificado por la ley como delito. Dándose la culpa cuando cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

Tratándose del Dolo, el maestro Castellanos Tena escribe: "el dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico."(56).

Para Cuello Calón, el dolo consiste en la "voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, - ó simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. (57).

Pavón Vasconcelos, considera que la teoría correcta es la expresada por Mezger, para quién, "actúa dolosamente el que --

55.- Ver en CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 233.

56.- Ibidem, página 239.

57.- Ibidem, página 236.

conoce las circunstancias de hecho y la significación de su -- acción y ha admitido en su voluntad el resultado."(58).

Siendo, por obvio, que la base del dolo, la constituya la voluntad. En ese orden de ideas, el dolo se compone de un elemento ético y otro volitivo. Etico en cuanto que el sujeto tie ne conocimiento respecto de la licitud o ilicitud de una determinada conducta y, volitivo, por la intención de realizar el - acto para producir un resultado querido.

En la doctrina, se destacan diversas clases de dolo:

Dolo directo.- Es aquél en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Existe voluntariadad en la conducta y querer en el resultado.

Dolo indirecto.- Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados -- que no persigue directamente, pero aún previniendo su segura - producción ejecuta el hecho.

Dolo indeterminado.- Consiste en la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en específico , siendo el caso del anarquista.

Dolo eventual.- Se caracteriza por la representación que el sujeto tiene con relación a otro diverso, de naturaleza --- contingente o de posible surgimiento, que no constituye por sí y en forma directa e inmediata el objetivo de su designio delictuoso, hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

LA CULPA.-

Habrà culpa, dice Jiménez de Asúa, "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando han faltado al actor la representación del resultado que se prevendrá sino también --- cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor." (59).

Pavón Vasconcelos, considera que hay culpa cuando "aquél - resultado típico y antijurídico, no querido, no aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y las costumbres." (60).

Culpa es, nos dice el maestro Castellanos Tena, "cuando - se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción

de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsi
ble y evitable, por no ponerse en juego la cautela o precaucion
es legalmente exigidas."(61).

La culpa, puede revestir dos formas:

-consciente

-inconsciente

La primera, llamada también con representación o previ---
sión, es aquélla en la que el agente prevee el posible resultat
do penalmente tipificado, pero no lo quiere, abriga la esperanz
a de que no se producirá.

Respecto a la culpa inconsciente o también llamada sin re
presentación, es aquélla en la que el agente no prevee la posibi
lidad de que emerja un resultado típico, a pesar de ser pre-
visible. "No prevee lo que debió haber previsto."

Finalmente, el código Penal, vigente para el Distrito Fe-
deral, reconoce en su artículo 8o. "las acciones u omisiones -
delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Definiendo en el artículo 9o.- Obra dolosamente el que, -
conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posibi
le el resultado típico, quiere o acepta la realización del he
cho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

ASPECTO NEGATIVO

El aspecto negativo de la culpabilidad opera "cuando se hallan ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad; conocimiento y voluntad."(62). Agregando Jiménez de Asúa "son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche."(63).

Llenando el campo de la inculpabilidad, el error y la no exigibilidad de otra conducta, que, según palabras de Pavón -- Vasconcelos, son causas genéricas de exclusión de la culpabilidad."(64).

Al llamado error de prohibición, Eugenio Zaffaroni, dice: "se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia del sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, -- tiene el efecto de eliminar la culpabilidad." (65).

63.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 246.

63.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 489.

64.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 433

65.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 577.

Antón Oneca, define al error como: "la no representación o equivocada representación de los hechos constitutivos del -- tipo realizado o de su significación antijurídica." (66).

Jiménez de Asúa, reconoce en el error variedades y especies como lo precisa en su obra la ley y el delito.

-error de hecho y de derecho.

-eximentes putativas

-obediencia jerárquica.

Para el primer rubro explica que "desde el Derecho Romano se distingue entre el error de derecho y el error de hecho y - siguiendo a Savigni, se ha dicho que el primero recae sobre -- una regla de derecho, es decir, sobre el Derecho objetivo, en -- tanto que en el segundo, versa sobre hechos jurídicos; es de -- cir, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplica -- ción de una regla jurídica."(67).

A su vez, se clasifica el error de hecho en:

-esencial

-accidental.

El primero, nos comenta Saíinz Cantero, "es el que recae - sobre elementos constitutivos (esenciales) del tipo que el --

66.- Ver en SAINZ CANTERO, José A, op. cit. página 700.

67.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. páginas 390 y 391.

sujeto realiza o sobre la significación antijurídica de la conducta." (68).

En cuanto al segundo, refiere Castellanos Tena: "el error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. El error en el golpe (aberratio ictus) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente. Aberratio in persona es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito, y finalmente, aberratio in delicti, si se ocasiona un suceso diferente al deseado. En los tres casos el ejemplo es: error en el golpe, A dispara a B y por mala puntería mata a C; en el segundo caso A cree matar a C y mata a B; y, finalmente A quiere asustar a B, dejándolo -- proyectar su vehículo contra él, y causa la muerte que no había querido." (69).

Complementando el texto Saíñz Cantero nos comenta: "el conocimiento de ellas debe exigirse para agravar o atenuar la -- pena." (70).

Ahora bien, volviendo al error esencial o de prohibición, escribe Porte Petit "para tener efectos eximentes debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa."

68.- SAINZ CANTERO, José A., op. cit. página 700.

69.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 256.

70.- SAINZ CANTERO, José A., op. cit. página 701.

Y añade Zaffaroni, que es invencible cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto."(71).

Aclara Cuello Calón, "cuando el error sea esencial y venible, desaparece el dolo, pero subsiste la culpa." (72).

Las eximentes putativas obran como causas de absolución en el juicio de reproche, definiéndolas, de acuerdo con el jurista Castellanos Tena, como "las situaciones en las cuales el sujeto, por un error de hecho insuperable cree fundadamente al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado - por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita.), sin serlo. (73).

Las justificantes putativas que encontramos son:

- legítima defensa putativa.
- estado de necesidad putativo.
- ejercicio de un derecho putativo.
- cumplimiento de un deber putativo.

En el caso de la obediencia jerárquica nos dice Jiménez - de Asúa, "el que obra en obediencia jerárquica cree que lo - -

71.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 577.

72.- CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. página 444.

73.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. páginas 252 y 253.

mandado es legítimo y por ello actúa. No se nos diga cuando la orden viene de un superior en el círculo de sus atribuciones y llega hasta el subordinado en la forma requerida, el yerro es invencible. Por serlo es que se excluye totalmente la culpabilidad, ya que de no ser así, estaríamos en presencia de un --- error vencible..."(74).

En cuanto a la no exigibilidad de otra conducta, recordemos que "todas las causas de inculpabilidad son supuestos en los que no puede exigirse al autor una conducta conforme al derecho, sea porque no podía exigírsele la comprensión de la anti juricidad; sea porque pese a esa comprensión no podía exigirse la adecuación de su conducta a la misma." (75).

Sin embargo, en la no exigibilidad de otra conducta, la situación reductora de autodeterminación es por "la incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuricidad, proveniente de causas psíquicas."(75); es decir, que el sujeto a sabiendas de que la acción desplegada es antijurídica, la ley entiende que no puede obligarse a actuar conforme a la ley. Lo que en manera alguna pueda confundirse con los factores que intervienen en la inimputabilidad.

Así, Saíenz Cantero advierte "para la exigibilidad son fundamentales las ideas de poder y deber, al autor le es exigible que se comporte de acuerdo con el deber cuando pueda hacerlo.-

74.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 407

75.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 591

La exigibilidad es un deber que presupone un poder."(76).

Desde luego, la polémica se suscita cuando los tratadistas discuten la ubicación de la no exigibilidad de otra conducta, - ya que mientras un cierto número de éstos la ubican en la inculpabilidad, otros piensan que debe ubicarse dentro de las excusas absolutorias.

Nuestra legislación Penal, por su parte refierese al error invencible y a la no exigibilidad de otra conducta como excluyentes del delito.

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invincible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son invencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al

agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho, o ...

5.- PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta que se conmina con ésta, de acuerdo al catálogo penal, es decir, que a todo delito corresponde una sanción.

Aunque algunos autores señalan que la punición es una consecuencia que sufre el sujeto activo, por la comisión del delito, debemos precisar que la definición de delito tiene ínsita ésta, a diferencia de otras infracciones, precisamente por contenerse en el primero un castigo más severo, por lo que, en este orden de ideas, la posición de la sustentante desde luego considera a la punición como un elemento del delito, no así -- una consecuencia.

Lo anterior tiene hundidas sus bases en que, el Estado al considerar una conducta como ilícita, precisamente la circunscribe en este marco represor como es la pena, pues de lo contrario, dicha conducta no se encontraría contemplada en un catálogo penal como delito; en este sentido hablamos de la punición como una previsión legal.

La punibilidad en abstracto cuando da paso a su concreción se entiende como "la posibilidad jurídica de imponer -- una sanción penal al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable." (77).

Y, específicamente decimos que "una conducta humana típica, antijurídica y culpable será también punible cuando le pueda ser aplicada la pena que para ella en abstracto conmina la ley." (78).

Es decir, que existen casos en los que se requiere además de la antijuridicidad y la culpabilidad, la exigencia de que concurren ciertas condiciones ajenas a dichos elementos para la imposición de las penas; al respecto, Saíenz Cantero escribe "estas condiciones pueden ser de naturaleza procesal (condiciones de perseguibilidad), de derecho Penal material (condiciones objetivas de punibilidad), o tratarse de circunstancias -- personales que determinan excepciones ratio functionis al principio de igualdad de todas las personas ante la Ley (inviolabilidad e inmunidad.)".

ASPECTO NEGATIVO

Cuando hablamos del aspecto negativo de la punibilidad, nos referimos a las llamadas excusas absolutorias.

77.- SAINZ CANTERO, José A., op. cit. página 745.

78.- Ibidem, página 746.

Las excusas absolutorias son definidas como "aquéllas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena."

En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición. (79).

Jiménez de Asúa, al respecto manifiesta "las causas de --impunidad o excusas absolutorias, son las que hacen que a un -acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública.(80).

Podemos observar que las excusas absolutorias son situaciones que impiden la imposición de una pena, no obstante la -configuración del delito. Ya que precisamente, operan dichas -excusas en razón de la calidad del sujeto o condición de éste_ al cometer el ilícito.

Esto es, que al verificarse el evento criminoso, el autor se encuentra en cierta situación que el Estado ha considerado_ que imponerle una sanción sería perjudicial para éste, ya que_ dicha situación encierra un padecimiento en la persona del autor.

79.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 271.

80.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 433.

Jiménez de Asúa, afirma que casi todos los ordenamientos penales contienen estas causas que excluyen la pena, lo que se hace en la parte especial y de manera taxativa.

En nuestro Código Penal, encontramos las siguientes:

Artículo 321 bis.- No se procederá contra quién culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o -- descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, -- concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien, que no auxiliare a la víctima.

Artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

*Respecto de la figura delictiva de evasión de presos, se contemplan dos hipótesis de excusas absolutorias, una por lo que hace a los familiares del evadido y otra al prisionero.

Artículo 150.- Se aplicará de seis meses a nueve años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado....;

Artículo 151.-El artículo anterior no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a -

sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas.

Artículo 154.- Al preso que se fugue no se le aplicará sanción alguna, sino cuando obre de concierto con otro u otros presos y se fugue alguno de ellos, o ejerciere violencia en las personas, en cuyo caso la pena aplicable será de seis meses a tres años de prisión.

Artículo 375.- Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituído por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, sino se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

Artículo 400.-Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:...

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los ca sos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes co laterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afini dad hasta el segundo, y

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respe to, gratitud o estrecha amistad, derivados de motivos nobles.

CAPITULO IV

"LA PARTICIPACION, EL CONCURSO Y LA TENTATIVA"

- 1.- Concepto de participación.
- 2.- Diferentes apreciaciones de la participación.
- 3.- El concurso de delitos.
- 4.- La tentativa.
- 5.- Comentarios del autor.

CAPITULO CUARTO

"LA PARTICIPACION, EL CONCURSO Y LA TENTATIVA"

Para el desarrollo del presente capítulo, se impone la necesidad de analizar previamente el iter criminis o vida del delito, lo que facilitara mejor la comprensión del tema.

VIDA DEL DELITO.- Ha sido demoninado iter criminis al camino - que recorre el delito, desde la concepción de éste en la mente del criminal hasta la consumación del mismo. Dándose desde el inicio hasta la consumación diversas etapas y momentos.

Reconocen los juristas dos fases del iter criminis:

fase interna: idea criminosa o ideación
 deliberación
 resolución.

fase externa: manifestación
 preparación
 ejecución (tentativa o consumación)

En la primera fase, "el delito se engendra en la conciencia del sujeto" (Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas), es - decir, surge la idea criminosa, seguida de una etapa de deliberación, donde el sujeto puede desechar la concepción criminosa

o no, para finalmente resolverse a cometer el ilícito; en esta fase no es posible entrever la intención del sujeto.

La fase externa "comprende desde el instante en que el de lito se hace manifiesto y termina con la consumación."(1).

Hemos de reconocer una verdadera complejidad en el entendimiento de esta fase, ya que no basta con enumerar los tres - momentos que le distinguen, ya que como advertiremos a lo largo de este capítulo, esta segunda etapa de la vida del delito es determinante para apreciar una participación en la comisión del evento criminoso, o dar pié a un concurso de delitos, tratándose del ideal o real, ó, invariablemente encontrarnos ante un delito en grado de tentativa.

Existen desde luego, acciones que aún y cuando sean encaminadas a la ejecución del ilícito, por sí solas no denotan el carácter delictivo, ni la intención de cometerlo, tal es el ca so de la manifestación, que por sí sola no constituye tal, por ser incierta su verificación; sin embargo, como excepción a la impunidad de este momento, nos explica Carranca y Trujillo y - Carranca y Rivas, existe el tipo penal de amenazas, previsto - en el artículo 282 fracción I, donde la simple manifestación - del mal a causar constituye el delito.

1.- CASTELLANOS TENA Fernando, op. cit. página 277.

La segunda etapa de la fase externa que es la preparación consiste "en la manifestación externa del propósito criminal - por medio de actos materiales adecuados." (3).

Al respecto Jiménez de Asúa dice "los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente." (4)

Finalmente, en la etapa de ejecución, advierte Castellanos Tena, puede ofrecer dos diversos aspectos: la tentativa y la - consumación.

El anterior resumen, sirve para fijar los límites entre - el grado de actividad desplegado y la ejecución del acto, para determinar si se trata de una tentativa, de incluso, un concurso ó una participación.

1.-concepto de participación.- Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.(5).

A veces, el delito no es obra de una sola persona; varias suman sus fuerzas para realizarlo, participando en él. (6).

3.- CARRANCA Y TRUJILLO, y otro, op. cit. página 663.

4.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 591.

5.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 283.

6.- CARRANCA Y TRUJILLO, y otro, op. cit. página 673.

Es por ello que Pavón Vasconcelos nos dice: para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) unidad en el delito, y b) pluralidad de personas. (7).

Sin embargo, no es tan sencilla la comprensión de este -- instituto jurídico, resulta imprescindible entrar y profundi-- zar en el pensamiento de los juristas que a lo largo de la -- historia han tratado de esquematizar la figura de la participa-- ción, sea desde un punto de vista coincidente con la teoría de la equivalencia de las condiciones, la adecuación ó la teoría de la autonomía de delitos en la participación, o la teoría de la accesoriadad.

A través de estas tesis advertiremos el tratamiento que - se le dá a los partícipes, a quienes se coloca en planos de -- responsables principales y accesorios, autores y coautores, au-- tores mediatos e inductores, cómplices o encubridores.

Nuestro entorno práctico nos lleva a definir la participa-- ción como "una actividad plural proveniente de dos o más perso-- nas para la perpetración de un evento criminoso."

2.-- Diferentes apreciaciones de la participación.-

Como se ha afirmado en el inciso anterior, existen diversas

7.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 494.

ópticas para abordar el tema de la participación, y todas ellas, obedecen a lo equitativo o injusto de aplicar sanción por igual a los diversos partícipes, desde el autor intelectual, el ejecutor o el que simplemente proporciona los instrumentos para la comisión del evento u ocultamiento de éstos -- una vez perpetrado el ilícito. Por ello, vale la pena exponer en este punto estos diversos criterios.

Para iniciar el debate, nos dice Pavón Vasconcelos, es preciso reconocer al autor del delito y al partícipe; ya que según palabras del jurista, no debe darse tratamiento por igual a ambas figuras, por tratarse de diferentes categorías. No obstante nos comenta "normalmente se identifica a la participación con el problema de la causalidad, pues la intervención de varias personas, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto producen el resultado típico; sin embargo, agrega el autor, tal identidad ha sido exagerada" (8).

Castellanos Tena apunta "diversas doctrinas pretenden -- desentrañar la esencia de la participación: de la causalidad, de la accesoriidad y, de la autonomía. Para la teoría causalista "la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado."(9).

8.- Ibidem.

9.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 284.

Pero debemos reconocer que Pavón Vasconcelos es atinado - al señalar que "sin desconocer que el estudio de la participación puede tener algún contacto con el de la causalidad, no todos los problemas del concurso encuentran solución en el citado criterio, pues la aportación de cada partícipe no puede estar sujeta a una pre-ordenada catalogación, ya que el hecho -- concreto varía en forma extraordinaria."(10)

Responsables principales y accesorios.- Respecto a esta categoría, comentan los juristas Carranca que, ya Carrara distinguía a los autores principales y accesorios: "autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuanto más le dan vida en todos aquéllos grados, tantos más serán los autores principales; todos los demás son delincuentes accesorios" (11). Por ésto, señalan que "la pena debe corresponder a la actividad de cada uno, siendo más grave para los directores, jefes o promotores y ejecutores del hecho común que para los asociados, subordinados, para los principales que para los accesorios o cómplices" (12).

Teoría de la autonomía.- Para esta corriente la actividad desplegada por cada individuo para la perpetración del ilícito es independiente o autónoma, dando como resultado la producción

10.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 495.

11.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro, op. cit. página 673.

12.- Ibidem, página 674.

de distintos delitos, es decir, que esta teoría acepta la pluralidad de sujetos con perpetración de pluralidad de delitos, -- atribuibles a cada sujeto de acuerdo a la actividad desplegada e hipótesis lesiva que colma. No obstante, esta teoría ha sido criticada por el resto de la doctrina.

Sea desde cualquier postura, lo cierto es que sin duda alguna, dentro de la participación se admiten grados o intervención determinada por el tipo penal que se colme, o de los actos ejecutivos de los partícipes.

Reconociendo Castellanos Tena a los siguientes:

- autor
- cómplices
- autores mediatos
- según el grado
- según la calidad
- en razón del tiempo
- según la eficacia.

Autor.- Llámese autor al que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquica relevante. Es suficiente para adquirir tal carácter la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales. Si varios lo originan, son coautores.

Cómplices.- Los autores indirectos son denominados cómplices, quienes aún y cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

-Autores mediatos.- Señalados por Sebastian Soler como -- aquéllos que siendo plenamente imputables, se valen para la -- ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad, delinque por medio de otro.

Según el grado.- Nos dice Maggiore que la participación - puede ser principal y accesoria; mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.

Según la calidad.- La participación puede ser moral y física, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

En razón del tiempo.- la participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe; concomitante, si la temporalidad esta referida al instante mismo de la ejecución del delito; y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo.

Según su eficacia, la participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión, el concurso de personas.

En esta clasificación los sujetos son sancionados de acuerdo con su actividad criminal, no así, todos por igual, sino -- dependiendo si se trata de autores, cómplices, instigadores o encubridores.

El Código Penal, vigente para el Distrito Federal, los de termina así:

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.-Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultando que cada quién produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

Artículo 14.- Si varios delincuentes toman parte en la -- realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos -- serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para comete el principal;

II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y

IV.- que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo - delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Artículo 64 bis.- En los casos previstos por las fracciones -- VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate, y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

Así, la sanción para las primeras cinco fracciones será - la establecida en el tipo correspondiente. Sin embargo, el legislador es categórico tratándose de las fracciones de la VI a la VIII, donde la pena que corresponda debe ser inferior, esto desde luego, no en función de la mayor o menor culpabilidad, - sino en razón de la intervención desplegada por el sujeto.

De lo que, se advierte en las fracciones VI y VII que se considera criminal la conducta de los partícipes en cuanto que si bien es cierto no puede sancionarse con la misma severidad al ejecutante que al colaborador, tampoco puede quedar impune la conducta del que proporcionó la cuerda con que aquél privó de la vida a otro, o facilitó el vehículo en el que el ladrón ha de huír con el botín; es por ello que, con una punición más baja, debe sancionarse a éste, y sobre todo considerarle partícipe del evento criminoso.

Ahora bien, tocando a la fracción VIII del citado artículo, encontramos otro tipo de participación que podemos llamar indeterminada, en cuanto que: a) encontrámos una actividad ejecutora del acto; b) una participación de dos o más personas; - c) un resultado atribuido a todos, pero no determinado en - - cuanto al producido por cada partícipe.

En esta hipótesis podemos encuadrar la figura de muchedumbres delincuentes, donde el todo inorgánico (partícipes) produce un resultado, pero difícil establecer el daño producido por

cada integrante. De ahí la razón de imponer una sanción de - -
acuerdo al artículo 64 bis del Código Penal, vigente para el -
Distrito Federal en materia común y en toda la República en ma-
teria Federal.

La explicación a una punición menor la encontramos en el_
criterio sustentado por Jiménez Huerta, quién reconoce un fon-
do de inferioridad en la psicología de las masas: actúan por -
tendencias y simpatías, prepondera en las masas lo mecánico y
lo intuitivo de las funciones mentales; las masas carecen de -
alma superior. Así, entendemos lo dispuesto por el artículo 14
del citado Ordenamiento.

Dando vida la concepción de Mezger donde "las distintas -
formas de participación en el hecho punible pueden diferenciar_
se subjetiva u objetivamente, según que lo haga de acuerdo con
la dirección de la voluntad del autor o de acuerdo con elemen-
tos que están fuera de esa voluntad. (13).

3.- El concurso de delitos.- Existe concurso de delitos -
cuando se producen diversos delitos como consecuencia de una -
o varias conductas, pero que son atribuibles a un solo sujeto.

Así, la doctrina y la propia legislación penal ha distin-
guido este concurso, según se trate, en ideal y real; figuras

13.- MEZGER, Edmund, Derecho Penal, Parte General, Libro de estudio, Cárde-
nas Editor y Distribuidor en México, México 1985, página 301.

que al ser tratadas desde luego, imponen la diferencia con el delito continuado.

Concurso ideal de delitos.- "Existe concurso ideal cuando un hecho concreta dos o más figuras penales que no se excluyen entre sí." (14).

"Concorre concurso ideal cuando el autor vulnera mediante una misma acción varias leyes penales o varias veces la misma ley penal." (15)

Welzel ha escrito "a una y la misma acción pueden serle aplicados diversos tipos delictivos. El concurso ideal, por consiguiente esta caracterizado por la circunstancia de concurrir simultáneamente diversos tipos en valoración penal de un hecho, que sólo en su conjunto agotan el contenido del injusto de éste en todo sentido.

Por su parte Pavón Vasconcelos refiere que "en el concurso ideal se da una concurrencia efectiva de normas compatibles entre sí." (16).

También Castellanos Tena ha sostenido "existe concurso ideal de delitos si con una sola actuación se infringen varias

- 14.- Ver en FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, tomo III, parte general, 2a. ed., Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 31.
- 15.- HANS HEINRICH JESCHECK, tratado de Derecho Penal, segundo volumen, Bosch casa Editorial, S.A., España 1981.
16. PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 529.

disposiciones penales, es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.- (17).

Sin embargo, a tales definiciones se las ha complementado con las concepciones de homogéneo y heterogéneo que del concurso ideal señala la doctrina, de donde, se destaca primordialmente, que no sólo existe concurso ideal de delitos cuando con una conducta se cometen diversos delitos, sino cuando se viola repetidamente la misma disposición, o dicho en otros términos, cuando una sólo conducta colma el tipo en repetidas ocasiones.

Así, Welzel arguye que "estamos en presencia del concurso ideal homogéneo cuando una acción tiene varios resultados iguales." (18). Encontrando el mismo contenido del concurso ideal homogéneo en la definición de Jescheck (infra, nota 15).

Para Porte Petit, los requisitos del concurso ideal homogéneo son:

- a) una conducta
- b) varias lesiones jurídicas iguales, y
- c) compatibles entre sí.

17.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 295-296

18.- WELZEL, HANS, Derecho Penal Alemán, Bonn, 1969, 9a. ed.. página 1011.

Concurso ideal heterogéneo.- Estaremos en presencia de éste, cuando con una acción se vulneren dos o más distintas disposiciones penales.

Maurach manifiesta que "en el concurso ideal heterogéneo la única conducta infringe varios tipos penales" (19)

Reconociendo Porte Petit como requisitos de éste:

- a) una conducta
- b) varias lesiones jurídicas distintas, y
- c) compatibles entre sí. (20).

Concurso Real de Delitos.- Habrá concurso real de delitos "cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientemente que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no esta prescrita." (21)

"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." (22).

19.- Ver en PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 533

20 Ibidem, página 534,

21.- op. cit. página 530.

22.-CARRANCA Y TRUJILLO y CARRANCA Y RIVAS, op. cit. página 699.

Welzel indica: "el autor comete varias acciones p^ubles in-
dependientes (pluralidad de hechos)." (23).

Resultando indispensable que entre la comisi^on de un deli-
to y otro, no se haya dictado sentencia, para que opere la fi-
gura del concurso real de delitos. Por esto, Castellanos Tena_
expone: "si un sujeto comete varios delitos mediante actuacio-
nes independientes, sin haber recaído sentencia por alguno de
ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el
cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejan-
tes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos_
(homicidio, lesiones, robo) cometidos por un mismo sujeto."(24)

Al referirnos al requisito de que no exista pronunciamien-
to de sentencia respecto de alguno de los delitos, decimos que
"los preceptos propios del concurso real no pertenecen solamen-
te al Derecho material, sino también al Derecho Procesal, pues
la cuestión de si concurre la posibilidad de enjuiciamiento --
conjunto de una pluralidad de acciones punibles depende de las
reglas del proceso penal."(25).

Requisitos del concurso real de delitos.

- a).- unidad del sujeto activo.
- b).- pluralidad de hechos delictivos.
- c).- enjuiciamiento conjunto de hechos.

23.- WELZEL, HANS, op. cit. página 324.

24.- CASTELLANOS TENA, Fernándo, op. cit. página 297.

25.- HANS-HEINRICH JESCHECK, op. cit. página 1024.

De los anteriores requisitos, destaca por su importancia el enjuiciamiento conjunto de los hechos delictivos, ya que de éste se desprende la acumulación; figura mediante la cual los procesos seguidos al reo por los diversos delitos se ventilan en una misma causa penal. Por eso Jescheck hace la inclusión - al Derecho Procesal del Concurso Real de delitos.

Finalmente la punición para el concurso ideal de delitos y el concurso real de delitos merece toda nuestra atención, ya que al respecto la doctrina se manifiesta en diversas opiniones. Así Mezger considera "el igual tratamiento del concurso - ideal y del concurso real trae consigo, normal aunque no necesariamente la "pena única". No podemos hablar en favor de esta pena única, porque infringe teóricamente el principio del hecho e induce en la práctica a imprecisiones en la determinación típica."(26).

La pena conjunta.- Indica Welzel que para la formación de esta pena conjunta "rige fundamentalmente el principio de la asperción: se determina la pena individual para cada hecho y todas estas penas se reúnen en la pena conjunta. La formación de la pena conjunta queda sujeta al arbitrio judicial."(27).

Siendo razonables las dos posturas, ya que resulta usual la imposición de la pena única, pero desde luego, es facultad exclusiva del Juzgador aplicar la pena conjunta.

26.- op. cit. página 349.

27.- op. cit. página 324.

Ambas figuras se diferencian del llamado delito continuado (delito que hemos contemplado en el capítulo II, inciso 3), en virtud de que el elemento distintivo del delito continuado lo constituye "la unidad de propósito delictivo", aunque existe pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo.

Por consiguiente debemos incluir las disposiciones que -- nuestro legislador ha señalado con respecto a estas figuras en el Código Penal, vigente para el Distrito Federal.

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

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

Artículo 7.- El delito es:

III.- Continuado cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el -- mismo precepto legal.

Para punición, nuestro Código Penal, vigente para el Distrito Federal dispone:

Artículo 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la -- pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual --

se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda el máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena -- del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado.

En caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

La figura del concurso real se norma mediante la acumulación, según dispone el artículo 484 del Código Procesal Penal, vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice:

Artículo 484.- La acumulación a que se refiere el artículo 18 del Código Penal, tendrá lugar:

I.- En los procesos que se instruyan en averiguación de los delitos conexos, aunque sean varios los responsables;

II. En los que se sigan contra los copartícipes de un mismo delito;

III.- En los que se sigan en averiguación de un mismo delito,- aunque contra diversas personas;

IV.- En los que se sigan contra una misma persona, aun cuando se trate de delitos diversos o inconexos.

4.- La Tentativa.-

Para Impallomeni, la Tentativa se resume en "la ejecución frustrada de una determinación criminosa." (29).

Sin embargo, no es tan simple arribar a tal determinación por ello, compartimos nuestro criterio con el tratadista Eugenio Zaffaroni, cuando explica: "la tentativa constituye un dispositivo amplificador de la tipicidad penal.". Así, el notable jurista Mariano Jiménez Huerta destaca por su basta introducción al estudio de este instituto, proporcionando los cimientos jurídicos para entender el concepto y alcance de éste.

Como referimos, para Jiménez Huerta, la tentativa es "un dispositivo amplificador del tipo, la norma que los Códigos Penales contienen en orden a la tentativa delictuosa, ya que a través de ella se torna punible una conducta humana que, de otra manera, quedaría impune. Es accesoria su naturaleza y rango jurídico penal. Ontológica y teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un determinado tipo. En virtud de este dispositivo devienen conductas humanas que, si bien --

29.- Ver en PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 475.

ubicadas fuera del tipo, están finalísticamente dirigidas en forma idónea e inequívoca a su realización. El fundamento de este dispositivo amplificador del tipo es el mismo que explica y justifica la razón de ser del propio tipo penal: la antijurídica evidente que matiza la concreta conducta a que él se refiere." (30).

Dada la anterior explicación, comprendemos mejor la definición que contenía el Código Penal Alemán, en el parágrafo 43 que estatuyó: "la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito."(31). O la simple definición sentada por Jiménez de Asúa "la ejecución incompleta de un delito."(32). Continuando Castellanos Tena así: "entendemos pues, por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto."(33). En tal virtud "la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata -- con la realización del tipo delictivo."(34).

30.-Introducción al Estudio de las figuras típicas, página 357.

31.- Ver en WELZEL HANS, op. cit. página 262.

32.-JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, op. cit. página 595.

33.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 279.

34.- Ver en WELZEL HANS, op. cit. página 263.

Por nuestra parte, sólo cabe señalar que, la caracterís--tica de la tentativa la constituye la ejecución sea total o --parcial de los actos que deben producir el delito, desde luego sin que aquél pueda consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente del delito.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la tentativa, apunta Zaffaroni: "a este respecto hay dos posiciones en la doctrina, la de delito incompleto y la de tipo independiente. En tanto que la primera sostiene que la tentativa es un delito incompleto, en el que no se dan todos los caracteres típicos porque la conducta se detiene en la etapa ejecutiva o porque no se --produce el resultado, la segunda pretende que la tentativa es un tipo independiente, de la misma manera que lo es, por ejemplo el encubrimiento" (35).

La posición de la sustentante se inclina a considerarla - como un delito incompleto, o como en la praxis se denomina --- "delito en grado de tentativa".

Para determinar el fundamento y punición de la tentativa, la doctrina ha dividido su criterio, estableciendo así la - - teoría objetiva, la subjetiva y la ecléctica, según el enfoque planteado.

Para la primera posición "la tentativa se pena atendiendo a criterios objetivos, es decir, porque pone en peligro un --- bien jurídico; respecto a la segunda, la teoría subjetiva, que es la que predomina, la tentativa se pena porque revela una voluntad contraria al derecho."(36).

"Una tercera teoría (eclectica) parte de la teoría subjetiva, pero la combina con elementos objetivos. Según esta tercera teoría, el fundamento del castigo de la tentativa es, -- ciertamente, la voluntad contraria a una norma de conducta, pero la punibilidad de la exteriorización de la voluntad dirigida al delito solo podrá ser afirmada cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia -- del ordenamiento jurídico y resultar dañados el sentimiento de seguridad jurídica y, con el, la paz jurídica."(37).

Convencido Jescheck afirma: "en principio, debe seguirse la teoría subjetiva, ya que lo que se castiga en la tentativa es la voluntad criminal exteriorizada. Pero este criterio debe ser completado con la idea de la impresión que el hecho produce en la comunidad, porque solo merece ser castigada una manifestación de voluntad que pueda minar la confianza de la comunidad en vigencia del orden jurídico." (38).

Sin embargo, un criterio muy diverso es el sostenido por

36. en ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 640-641.

37.- Ver en HANS HEINRICH, JESCHECK, op. cit. página 702.

38.- Ibidem, página 703.

el tratadista Eugenio Zaffaroni, quién expone: "creemos que la tentativa tiene una doble fundamentación: obedece a que hay en ella dolo (la concreta voluntad final que se dirige a un resultado afectante de un bien jurídico) y la exteriorización de -- ese dolo siempre implica afectación de un bien jurídico. Veremos de inmediato que, incluso, que en la tentativa inidónea, -- siempre hay una afectación del bien jurídico tutelado. Hemos dicho que la seguridad jurídica tiene dos aspectos; uno, objetivo (posibilidad de disposición o disponibilidad) y otro subjetivo (sentimiento de seguridad jurídica o certeza de la disponibilidad), esto es, la seguridad jurídica entendida como lo que el derecho debe cumplir socialmente, pero en el orden individual, si bien la disponibilidad se la afecta con la lesión y con el peligro, también se la afecta cuando la conducta en concreto, sin haber puesto en peligro al bien, haya podido perturbar al titular en su disponibilidad como consecuencia de la -- sensación de inseguridad jurídica en su aspecto subjetivo, es decir, alarma social, sino de la sensación de inseguridad que como resultado de la acción que se percibe como anezadora, -- puede temer el titular del bien jurídico." (39).

Para finalizar la polémica por la que discurre el fundamento de la tentativa, Manzini ha expresado "es punible no por otra cosa sino porque constituye violación voluntaria de un -- precepto penal, cualquiera que sea el criterio político, - - -

aceptado en la formación de la ley, y agrade o no agrade a los que se dedican a buscar cosas abstractas y paradójicas." (40).

Elementos de la tentativa.-

a) un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito.

b) un elemento material u objetivo que consiste en los actos - realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y;

c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto." (41).

Comentando los juristas Carranca que "la tentativa requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos. Existe por la ejecución incompleta de un delito, o sea en tanto que la ejecución no se ha realizado por completo. (Romagnosi). Esto puede ocurrir bien, porque el agente suspenda los actos de ejecución que consumirían el delito (delito intentado o tentativa inacabada), o bien, porque el agente realice todos esos actos de -- ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita (delito frustrado o - tentativa acabada)." (42).

40.- Ver en PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 487

41.-Ibidem, página 475.

42.- CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS, op. cit. páginas 663 y 664/

En cuanto al principio de ejecución, el ius penalista J.- Ramón Palacios escribe "el comienzo de ejecución se diferencia formalmente del acto preparatorio, en que éste no es adecuado al tipo, y precisamente porque al legislador no le interesa tal acto, ha exigido un comienzo de ejecución como base objetiva de la tentativa."(43).

Tentativa acabada o delito frustrado.-

Anota Castellanos Tena que "se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce -- por causas ajenas a su voluntad." (44).

Abundando Romagnosi "en el delito frustrado el hombre no sólo emplea todos los medios que la experiencia constante ha demostrado que son adecuados para obtener el efecto dañino, -- sino que, además tiene la certeza y previsión físicas de que el efecto ha de verificarse; quiere éste y realiza todos -- aquéllos actos que de acuerdo con las leyes constantes y conocidas de la naturaleza pueden conducir a la consumación del delito; por tanto, aunque por cualquier impedimento imprevisto e inevitable sobrevenido él no obtenga el efecto pernicioso, -- sin embargo es reo de haber perfeccionado el acto en cuanto de él dependía."(45).

43.- Ver en PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 478.

44.- CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. página 280-281.

45.- Ver en CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS, op. cit. página 478.

En el mismo sentido, se advierte: "Y con relación a la -- tentativa inacabada: cualquiera que haya sido la causa que detuvo la mano del culpable a la mitad de la ejecución del delito o en los límites del último acto, es siempre cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos o uno último, -- que, sin embargo, eran necesarios."(47).

Tentativa imposible y Delito imposible.-

En cuanto a este concepto Jiménez Huerta indica que la -- tentativa imposible es aquélla que carece de idoneidad de los actos con que se pretende cometer un delito, tanto dimana de -- que los mismos carecen de potencialidad para dañar el bien jurídico protegido por el tipo, como de la imposibilidad -debida a no existir el objeto material sobre el que se quiere hacer -- recaer la conducta típica- de que dicho bien jurídico pueda ser dañado.

En el primer caso, nos hallamos ante un propósito de realizar inidóneamente un posible delito; en el segundo, ante un propósito de realizar idóneamente un delito imposible. Agregando el notable jurista "son actos inidóneos para ejecutar un delito, todos aquéllos que en sí mismos encierran en el caso concreto un obstáculo ontológico que impide que el agente pueda -- alcanzar su voluntad criminal. El pronunciamiento de que un -- comportamiento es inidóneo sólo puede hacerse conforme a las --

reglas de la experiencia en relación con todas las particularidades que concurren en el caso concreto y que fueron conocidas del agente." (48).

Debemos concluir con el razonamiento que de la tentativa hace Jiménez Huerta "es necesario, para que pueda entrar en -- función, que la figura típica que trata de ampliar admita una ejecución graduada, susceptible de quedar incompleta en alguno de los momentos de su realización." (49).

Nuestra Legislación Penal, la define en el artículo 12 -- del Código Penal, vigente para el Distrito Federal, así:

Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución -- de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en -- cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida -- de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

48.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, op. cit. páginas 385 y 387.

49.- op. cit. página 361.

En cuanto al último párrafo del precepto transcrito, que se refiere al desistimiento, comenta Zaffaroni "el desistimiento solo puede tener lugar hasta la consumación formal del delito. Una particular clase de desistimiento a .que. es necesario referirse en especial para destacar bien claramente los -- efectos que surte, es el que tiene lugar en los casos de la -- llamada tentativa cualificada, es decir, cuando en la tentativa quedan consumados actos que constituyen delitos por sí mismos. Lo que queda impune es la tentativa en sí misma, pero no los delitos consumados en su curso, cuya tipicidad sólo estaba interferida por efecto de la punibilidad de la tentativa, pero que resurge al desaparecer ésta."(50).

En síntesis, la tentativa es un amplificador del tipo que la fundamenta, ya que si bien, éste no llega a considerarse -- consumado, no menos cierto es que, la conducta reveladora del sujeto de hacer lo prohibido u omitir lo debido, no debe quedar impune por faltar la consumación, así se castiga la actividad del agente del delito, independientemente de que los actos ejecutivos sean considerados en sí mismos como delitos diversos., y se castiguen con la correspondiente pena.

Considerando por último punible la actividad desplegada -- por el sujeto en la ejecución del acto que posteriormente desiste de llevar a cabo, cuando esta actividad consume un delito diverso al pretendido.

50.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 654.

5.- Comentarios del autor.-

La participación, el concurso de delitos y la tentativa, son institutos jurídicos que en la práctica requieren de un -- análisis minucioso, tanto, que bien vale la pena en este apartado comentar todos aquellos aspectos que en determinado momento deben ser atendidos para no hacer mal uso de su aplicación en una resolución, pues la equívoca concepción que se tenga, -- será perjudicial para el sentenciado por lo que a punición se refiere.

Y como de práctica se trata, hemos querido a propósito, -- seleccionar un evento delictivo que fue estudiado en su momento por el Juzgador de Primera instancia, posteriormente por la Sala Superior del Tribunal correspondiente y, finalmente por el Tribunal Colegiado de Circuito en la materia, es decir, por -- tres autoridades. Destacándose en los tres casos la variación_ de la penalidad, precisamente en función de las consideraciones que de éstos institutos hizo cada autoridad.

Tomando en consideración que este mismo fallo, sirve para los fines del siguiente capítulo que se refiere a la concurrencia de normas incompatibles entre sí, nos bastara por ahora, -- comentar el fallo en la parte que corresponde a las figuras -- analizadas en el presente capítulo.

El evento lo resumió la autoridad de primera instancia -- así: "El día ocho de enero de 1996, aproximadamente a las ----

13:45 hrs, en las calles de Rabaul, casi esquina con avenida - de las granjas colonia Electricistas, los sujetos activos JUAN RAMON DIAS TORRIJOS, JUAN MANUEL LLANITO REYES y el menor RODOLFO VERA SILVA, los dos primeros inculpados en la presente causa, amagaron con una arma de fuego al sujeto pasivo de la conducta, LUCIO ROBERTO MENDIOLA CEDEÑO, quién se encontraba a bordo del vehículo Tsuru blanco placas ...; vehículo que se encontraba estacionado; con lo que obligaron a que LUCIO ROBERTO MENDIOLA CEDEÑO se pasara al asiento trasero del vehículo y posteriormente a este se suben al automóvil RODOLFO VERA SILVA en el asiento del conductor, y los otros dos sujetos activos abordan el vehículo en el asiento trasero...".

Delito de ROBO que se encuentra rodeado de las calificativas que según el Ministerio Público son: Por pandilla y estando la víctima en un vehículo particular, previstas por los artículos 164 bis y 381 fracción VII, respectivamente, ambos del Código Penal.

Como vimos en el presente capítulo, la participación importa la intervención de dos o más sujetos en el evento delictivo, situación que puede ser tomada en cuenta para agravar un delito, como ocurre en el presente caso, a primera vista, sin embargo, vamos a resumir con respecto a la participación de estos sujetos para agravar la pena:

El Juzgado de primera instancia dice: El Ministerio Público en su pliego de conclusiones...no señala las hipótesis comisivas de la agravante a estudio, esto es no especifica si la --

reunión era habitual, ocasional o transitoria, por ende...nos vemos impedidos de entrar al análisis de la agravante citada, y por ende no se considerará el robo con dicha calificativa.

La Sala Superior dice:...Y por cuanto hace a la consideración del juzgador, de la pandilla...resulta fundada en sus --- agravios el Ministerio Público al destacar que lo fundamental de tal agravante lo es la reunión de tres o más personas, que sin estar organizadas con fines delictuosos cometen en común - algún ilícito...por lo que se revocará el argumento del resolutor para tener por acreditada la agravante de pandilla.

El Tribunal Colegiado de Circuito dice:...La Sala sentenciadora indebidamente tuvo por acreditada la calificativa de - pandilla, ya que la correcta interpretación del artículo 164 - bis del Código Penal...obliga a considerar que, para tener por justificada la califica...es necesaria la reunión...de tres o más personas...personas que se encuentren dentro de la esfera del derecho penal, de tal suerte que si con dos adultos que -- cometen un delito concurre un menor de edad, tal calificativa no se configura...siendo evidente la inexacta aplicación de la Ley Penal,...y con ello se determine aumento en la penalidad,. tal proceder es ilegal.

Lo que en resumen importa, que el estudioso del Derecho - deba considerar la intervención de dos o más personas en un -- evento delictivo, como sujeto de responsabilidad penal, pues - como vimos la errónea apreciación se refleja en la penalidad.

La participación de los sujetos que intervienen en la comi sión de un evento ilícito, desde luego, debe ser apreciada bajo el ojo represivo para que no quede impune el proceder de ninguno de ellos, pero a la vez, se haga bajo los lineamientos marcados por el Ordenamiento Penal, para evitar la conculcación de las - garantías individuales del sentenciado.

Dentro de esta participación, en la que intervino un menor de edad, si bien no dió lugar a la circunstancia agravante del - delito de ROBO, como pretendía el Ministerio Público, que en el caso específico era "la pandilla", no menos cierto es, que esca pa al órgano de persecución y luego de acusación, que en el caso concreto lo es la Representación Social, una conducta que sí se encuentra tipificada en el Código Penal, como lo es "la corrup ción de menores, previsto en el artículo 201 del Código Penal -- del Distrito Federal. Con lo cual, estaríamos hablando de un --- CONCURSO DE DELITOS, en cuanto que los justiciables, no solo co meten el delito de ROBO, sino inducen a un menor a cometerlo.

Los hilos jurídicos que tejen ambas figuras parecen tan di versos entre sí, que sólo una apreciación exhaustiva permite -- no sólo advertir que en la practica se dió una participación en la comisión del delito de ROBO, sino también se propició la --- corrupción de un menor, y así, de esta actividad plural, se des taca entonces, también un CONCURSO DE DELITOS, que se plantea ría, según el caso concreto en ideal o real.

Por lo que concierne a la figura jurídica de la TENTATIVA,

no debemos olvidar que ésta se presenta cuando el sujeto no ---
obstánte de ejecutar todos o parte de los actos que deben produ-
cir el resultado, no obtiene éste, o dicho de otra manera, no --
consume el delito; debido a causas ajenas a éste. Lo anterior
sirve para sustentar el razonamiento lógico que se hace del -
argumento sostenido por el Organo Resolutor cuando acredita -
la calificativa de "estando la víctima dentro de un vehículo --
particular, pues no debemos pasar desapercibido que el apodera-
miento fue respecto del vehículo, es decir, que el objeto mate-
rial del delito es el vehículo. Aunque en el capítulo quinto de
este trabajo estudiaremos esta calificativa bajo el instituto -
jurídico de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, -
no desaprovechamos aquí la oportunidad de arribar a un lógico -
razonamiento que se puede desprender de la equívoca apreciación
del Organo Colegiado, y que es tan sencilla como: Refiere "se -
actualiza aún y cuando el objeto robado sea el propio vehículo
en el cual se encontraba a bordo la víctima, en virtud de que --
al sancionar dicha calificativa se trata de proteger la seguri--
dad de las personas al transportarse de un lugar a otro, ya sea
a bordo de un vehículo particular o del servicio público.

Al acreditar ésta, el organo Resolutor, dá por sentado, que
se cometió un delito dentro de un vehículo, es decir, que se --
obtiene una consumación de un hecho, estando la víctima en un -
vehículo. Pero, en el caso concreto, para que la consumación del
ROBO del vehículo se obtenga, es necesario el apoderamiento del
objeto dentro del vehículo, lo cual no solo es inadmisibile, sino
incomprensible, al acreditar esta aberración el Organo, da pié a
sostener jurídicamente que no se consume el delito instantáneo.

CAPITULO V

"LA CONCURRENCIA DE NORMAS"

- 1.- Noción de normas.
- 2.- Clasificación de normas.
- 3.- Concurrencia de normas.
- 4.- Principios para solucionar la concurrencia.
- 5.- Similitudes y diferencias entre el concurso ideal de delitos y la concurrencia aparente de normas.

CAPITULO QUINTO
"LA CONCURRENCIA DE NORMAS"

Analizaremos en este apartado un evento poco conocido en la práctica penal, ya que incluso, como veremos, en la actualidad nuestro Poder Judicial para evitar una doble punición_ a un mismo hecho, arguye tener que optar por punirlo bajo un precepto que bajo ambos, los que, crearían la doble punición;- sin embargo, lo que teóricamente esta haciendo es resolver un conflicto de normas incompatibles entre sí, instituto jurídico que por desgracia aún no ha sido estudiado con la debida seriedad en la praxis, dado que, es precisamente el Juzgador quién_ debe resolver éste al momento de emitir un fallo. Y en el peor de los casos, por ser precisamente poco conocido, se incurre - en la doble punición del hecho.

Compartimos nuestro criterio con el jurista Porte Petit,- quien señala: "debemos reconocer que la cuestión de la con----currencia de normas incompatibles entre sí, comienza a ser estudiada debidamente en iberoamérica. Por otra parte el conocimiento de esta materia es de enorme importancia."

1.- Noción de normas.-

La palabra norma, nos dice García Maynez, "suele usarse -

en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu aplica se a toda regla de comportamiento, obligatoria o no, stricto sensu corresponde a la que impone deberes y confiere derechos." (1).

La anterior definición impone la necesidad de distinguir entre una norma de conducta y una de comportamiento.

En este sentido, Hans Kelsen indica "las normas jurídicas sólo son supuestas de hecho como validas cuando la representación de las mismas es eficaz."(2).

En tanto, las reglas prácticas de cumplimiento potestativo prescriben determinados medios, con vista a la realización de ciertos fines.(3).

Distinguiendolas de igual forma Hans Nawiansky cuando dice: "todo Derecho consiste en normas que prescriben un comportamiento externo, ya consista en un hacer o un omitir -incluído en esto segundo también el soportar (omitir una reacción)-. Así se distinguen las normas de derecho de las que imponen un comportamiento interno, tales como la religión y la moral"(4).

- 1.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 38a.ed.--- Porrúa, México, 1986, página 4.
- 2.- KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, traducción de Luis Legaz, La--cambra, Editora Nacional, México, 1979, página 18.
- 3.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit. página 4.
- 4.- NAWIANSKY, Hans, Teoría General del Derecho, 2a.ed., Editora Nacional,- México, 1980, página 30.

Advirtiéndose así el carácter obligatorio de la norma jurídica, a diferencia de la regla de comportamiento, cuya inobservancia no implica una consecuencia jurídica.

Es así, que filosóficamente se afirma "las normas son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio. - El concepto de obligatoriedad explícate en función de la idea de valor."(5).

Tal obligatoriedad implica, una coacción, así "la antinormatividad, pone en movimiento la coacción, y precisamente una coacción externa organizada. La norma jurídica es una norma -- coactivamente equipada. La coacción externa organizada consiste en el doblegamiento de la voluntad del transgresor por medios externos, aplicados por personas autorizadas para ello. - Por tanto, la norma jurídica se caracteriza por la específica naturaleza de las consecuencias del comportamiento antinormativo, por la clase de efectos que produce su infracción."(6).

Es el momento preciso para subrayar el carácter formal de validez de la norma así como el material; el primero se refiere " a las condiciones de elaboración de cada precepto, y el -- segundo, exclusivamente referido al valor intrínseco de las -- distintas normas."(7).

5.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit. página 6-7

6.- NAWIANSKY, Hans, op. cit. página 31.

7.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit. página 7.

En el concepto de norma se pretende destacar la obligatoriedad de la misma en función del valor o bien jurídico que -- protege, como se ha estudiado en el primer capítulo del presente trabajo, ello, con la finalidad de demostrar la concurrencia de normas que se advierte en el campo penal, precisamente en virtud del valor que las normas en conflicto tutelan y que les impide coexistir en su aplicación.

Por eso, basta con evidenciar el carácter coactivo de la misma para tener por satisfecho nuestro planteamiento en el presente inciso. y sentar que "la regla de acción que estatuye un deber, vale en sí y por sí, incluso en relación con el proceder que la infringe."(8).

Norma Jurídica.- Regla dictada por el legítimo poder para determinar la conducta humana. (9).

2.- Clasificación de las normas.-

Nos explica García Maynez " clasificar es un problema de perspectiva. Hay tantas clasificaciones como criterios de división. Pero la selección de éstos no debe ser caprichosa. Posible sería, aún cuando enteramente ocioso, dividir los libros de una biblioteca atendiendo al color de sus tejuelos, o formar grupos de normas de acuerdo con el número de palabras de -

8.- Ibidem, página 7.

9.- DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho Penal, 12a. ed., Porrúa México, 1984, página 363.

su expresión verbal. Las clasificaciones tienen únicamente valor, cuando responden a exigencias de orden práctico o a necesidades sistemáticas."(10).

Con el fin de evitar ser reiterativa en este apartado, -- dada la extensión del tema, y en atención a que como advierte García Maynez una diversidad de clasificaciones; con la finalidad de evitar confusiones, analizaremos la clasificación de éstas de acuerdo al criterio del jurista mencionado.

Las normas se clasifican en:

- a).- Desde el punto de vista del sistema a que pertenecen.
- b).- Desde el punto de vista de su fuente.
- c).- Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez.
- d).- Desde el punto de vista de su ámbito temporal de validez.
- e).- Desde el punto de vista de su ámbito material de validez.
- f).- Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez.
- g).- Desde el punto de vista de su jerarquía.
- h).- Desde el punto de vista de sus sanciones.
- i).- Desde el punto de vista de su cualidad.
- j).- Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación.
- k).- Desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares.

En cuanto al sistema al que pertenecen, depende de la posibilidad de referir directa o indirectamente tal norma a una de mayor jerarquía, como por ejemplo a la Constitución o ley fundamental.

Desde el punto de vista de su fuente, se dividen en leyes o normas de derecho escrito, ya que provienen del proceso legislativo; leyes de derecho consuetudinario, porque provienen de la actividad cotidiana adoptada por el pueblo como legítima; - y , finalmente, denominanse de Derecho Jurisprudencia, en atención a que son el resultado del criterio sostenido por el máximo órgano del Poder Judicial, y que complementan o apoyan las anteriores.

Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez, son aquéllas que se aplican en un territorio determinado. Aunque la excepción la constituyen las contempladas en un tratado internacional, ya que pueden regir tanto en el extranjero, o - aquéllas en territorio nacional. En nuestro país, se dividen - en federales, estatales y municipales.

Respecto al ámbito temporal de validez, pueden ser de vigencia determinada o indeterminada; será determinada cuando -- su vigencia queda establecida; y las segundas son indeterminadas, precisamente por no establecerse lapso de duración, cuya vigencia perderá cuando sea abrogada expresa o tácitamente.

Cuando se trata del ámbito material de validez, debemos - referirnos indudablemente a la división del Derecho objetivo, del cual, las normas se agrupan en reglas de derecho público y reglas de derecho privado, concentrándose en las primeras, las constitucionales, administrativas, personales, procesales e internacionales; y en las segundas las civiles y administrativas.

Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez, se agrupan en genéricas e individualizadas. Las primeras comprenden la observancia por parte del grupo de individuos que regulan, y que se someten a ella, por interés común, en cuanto a las segundas, solo son dirigidas a un cierto número de los individuos de la misma clase. Estas normas pueden ser privadas o públicas, según se trate de la voluntad de los particulares o en el segundo caso de una resolución de autoridad.

Tratándose desde el punto de vista de su jerarquía, se relaciona con la aplicación de la norma, en cuanto que, le denvida a los actos jurídicos ya sea que exista entre ambos una relación de coordinación, subordinación, una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de ésta depende de la de aquélla, así obtenemos la siguiente jerarquía:

- 1.- Normas constitucionales.
- 2.- Normas ordinarias.
- 3.- Normas reglamentarias.
- 4.- Normas individualizadas.

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general. Algunas veces, sin embargo, una norma individualizada puede encontrarse condicionada por otra del mismo tipo, como ocurre, por ejemplo, cuando una sentencia se funda en un contrato.

Desde el punto de vista de sus sanciones, se dividen en: _

1. Leges perfectae.
2. Leges plus quam perfectae.
3. Leges minus quam perfectae.
4. Leges imperfectae.

Son leyes perfectas, aquéllas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que las vulneran. por eso se afirma que la sanción es la más eficaz, ya que el infractor no logra el fin que se propuso al violar la norma.

Cuando la sanción no puede volver las cosas al estado en que se encontraban, por haberse causado un daño irreparable, - entonces se opta por un castigo, y en ocasiones una reparación pecuniaria, por eso, los romanos denominaban a esta clase de - normas como leges plus quam perfectae.

Tratándose de leges minus quam perfectae, encontramos una característica, aún y cuando se viola la norma, el acto produce

efectos jurídicos, pero éstos tampoco impiden que se le imponga un castigo al sujeto.

Finalmente encontramos las leyes imperfectas, que se denominan así, precisamente por no encontrarse provistas de sanción alguna.

Desde el punto de vista de su cualidad, se dividen en positivas y en negativas, se les atribuye el carácter de positivas en tanto permiten o facultan al sujeto para hacer u omitir determinada conducta, en tanto serán negativas cuando prohíban al sujeto la realización de la acción u omisión.

Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación, se denominan primarias y secundarias, entendiéndose por secundarias, aquéllas que complementan a otras, en tanto las que son complementadas se denominan primarias. Dentro de las normas secundarias podemos advertir las siguientes:

- a).- las de iniciación, duración y extinción de la vigencia.
- b).- las declarativas o explicativas.
- c).- las permisivas.
- d).- Las interpretativas.
- e).- Las sancionadoras.

Desde el punto de vista de su relación con la voluntad de los particulares, se dividen en taxativas y dispositivas, se denominarán taxativas aquéllas que obligan a los particulares independientemente de su voluntad, y dispositivas las que pueden dejarse de aplicar precisamente por voluntad expresa de -- las partes en una situación concreta.

3.- Concurrencia de normas.-

Como se anotó al inicio del presente capítulo, la con---currencia de normas, es una figura poco conocida en la práctica, pero no solo eso, sino que, en la doctrina no priva una de nominación acorde al conflicto, y aunque su origen lo podemos encontrar en la doctrina alemana, precisamente con Binding y - Merkel, sólo se distinguía el concurso formal de delitos del - concurso de leyes, de ahí la importancia de la terminología.

Las denominaciones múltiples que ha recibido este Institu to son: concurso de leyes o de disposiciones legales, concurso aparente de leyes, concurso ficticio de leyes, concurso impropio de leyes, concurso aparente de tipos, concurso aparente de delitos, concurso interno de leyes, concurso aparente de nor--mas, concurso ideal aparente, colisión de normas penales, rela ciones de figuras entre sí, concurso de normas o concurrencia_ de normas, impropio concurso ideal, y desplazamiento de los -- tipos secundarios por el primario. (11).

Compartimos abiertamente nuestro punto de vista con el autor en cita, al anotar "consideramos que la denominación que debe darse a este instituto es la de concurrencia de normas incompatibles entre sí, porque ésta significa presencia de normas aplicándose una de ellas y concurso de normas, aplicándose todas ellas." (12).

Por otra parte, es preciso externar nuestro juicio a la incorrecta terminología tradicional usada por diversos autores al llamar a la concurrencia de normas "concurso ideal aparente" e "impropio concurso ideal". Ya que como vimos en el capítulo correspondiente, el concurso ideal se caracteriza porque una conducta provoca la comisión de diversos delitos, en tanto que en la concurrencia de normas, diversos tipos reclaman la aplicación al hecho, y se observa que no solo se presenta entre figuras descriptivas de un delito, sino en circunstancias cualificadoras del mismo, conocidas como calificativas o agravantes. Por ello, no se debe abusar del lenguaje jurídico y referir bajo un concepto una figura jurídica diversa.

Maggiore, a propósito de la concurrencia manifiesta "el concurso aparente puede registrarse no sólo frente a normas -- que describen un tipo de delito en sus elementos esenciales, -- sino también con respecto a otras normas que señalan causas de justificación, circunstancias agravantes y atenuantes, causas

11.-PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 174.

12.- Ibidem.

extintivas, condiciones de punibilidad, etc." (13).

A continuación definiremos la concurrencia de normas incompatibles entre sí como la presencia de diversas normas que regulando una misma materia, reclaman su aplicación en lo concreto.

"Estamos frente a la concurrencia de normas incompatibles entre sí, cuando se encuentra una materia disciplinada o reglamentada por dos o más normas, incompatibles entre sí."(14).

Existe un concurso aparente de tipos cuando la conducta - antijurídica que es objeto de incriminación se presenta, a primera vista, como subsumible en dos o más tipos penales que se excluyen recíprocamente, pues su simultánea aplicación conculcaría los principios lógicos y valorativos que norman el sistema y la interpretación del ordenamiento penalístico.(15).

A menudo es sencillo decidir cual de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurrentes, en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuando una disposición consiente o excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, respecto a la misma situación o hecho.

13.-MAGGIORE, Guiuseppe, Derecho Penal, Volúmen I, El delito, 5a. ed. Editorial Temis, Bogotá, 1971, página 245.

14.- FORTE PETIT, Celestino Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Tomo I, 11a ed. Editorial Porrúa, México, 1987, página 175.

15.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, I, Dinamica Tipica, - Editorial Porrúa, México, página 198.

A esto se llama conflicto aparente de disposiciones Penales (16).

Hay supuestos en los que parece que concurren varios tipos penales, pero que observándolos más cercanamente nos permiten percatarnos de que el fenómeno es aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye al otro o a los otros, suele llamarse a estos casos "concurso aparente de tipos o concurso aparente de leyes." (17).

En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad - del acto, esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de --concurso aparente de leyes o conflicto de leyes. (18).

Se afirma la existencia de un concurso aparente de normas penales cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo. El problema consiste en dilucidar cual norma debe aplicarse con exclusión de las demás (19).

16.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Filosofía y Ley Penal, 4a. ed. Lozada, Buenos Aires, 1964, página 532.

17.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 4a ed. México, 1988, página 668.

18.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Parte General, 15a. ed. Porrúa, México, 1981, página 298.

19.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 17a ed. Porrúa, México, 1985, página 151.

Hemos expuesto los diversos criterios, bajo los cuales -- los juristas definen la concurrencia de normas, sin embargo, -- nuestra percepción de la concurrencia, nos hace inclinarnos a la última definición, esto, desde luego, si tomamos en cuenta:

1.- El concurso aparente de normas se presenta cuando se pretende dar solución a un caso concreto.

2.- Al momento de la aplicación de la norma, se observa -- que el hecho hipotéticamente esta previsto en dos o más disposiciones.

3.- Que de las normas concurrentes, una es la que ha de aplicarse, con exclusión de las otras.

Normas entre las que puede surgir el conflicto.-

Tal conflicto puede surgir entre normas tipificadoras de conductas o hechos delictivos; entre normas de la parte general de los Códigos, o bien, entre las primeras y las segundas.(20)

Las hipótesis que pueden presentarse según la doctrina, -- con relación a la concurrencia de normas incompatibles entre -- sí, son:

a).- Entre normas de la parte general del Código Penal.

b).- Entre normas de la parte especial.

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

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

e).- entre normas de una ley especial. (21)

Con relación a las hipótesis en las que puede presentarse la concurrencia aparente de normas, de las que nos ocuparemos en el inciso siguiente, vemos que son el fundamento de los principios bajo los cuales la doctrina resuelve el conflicto de -- las normas.

Antes, es necesario indicar que el verdadero conflicto de normas no se presenta al detectar dicha concurrencia, sino al decidir cual de ellas ha de aplicarse, ello en razón de los líneamientos que debe seguir el juzgador al resolver el caso concreto, y de los requisitos que Constitucionalmente se le exigen a fin de que no se juzgue dos veces por el mismo hecho, o dicho en otros términos, evitar una doble o triple punición con respecto a determinado evento. Desde luego, en la práctica resulta de difícil elección, si tomamos en cuenta que nuestra legislación penal no prevé los principios de solución a la con-urrencia, ni tampoco este instituto jurídico.

En tales circunstancias, necesario le resulta al juzgador remitirse a la doctrina y no sólo eso, sino apoyarse en el criterio de los juristas para determinar el principio bajo el - cual debe resolver el conflicto, y así excluír de la aplicación a las normas no compatibles.

Finalmente, el apartado bajo el cual debe darse tratamiento a este instituto, es muy diverso, destacándo tal discrepancia el jurista Jiménez de Asúa "a pesar de que la doctrina alemana vió certeramente la diferencia entre concurso de infracciones y concurso aparente de leyes, trató la cuestión en lugar impropio: al exponer lo referente al concurso de delitos - (como lo hacen Mayer, Hippel, Liszt-schmidt, Mezger, etc.) La impropiedad -reconocida por Liszt schmidt- no alcanza a Binding que en su handbruch y en su Grundriss ha estudiado la alternatividad, subsidiaridad y consunción al desenvolver los problemas del Derecho objetivo" donde expone la ley penal, y en el - capítulo rubricado: "la relación recíproca de las leyes penales coexistentes". Grisigni trata del tema como Binding y como lo hacemos nosotros, dentro del capítulo de las reglas sobre la - aplicación del Derecho Penal, bajo el título: Normas sobre el conflicto aparente de disposiciones penales coexistentes.(22).

De igual forma Pavón Vasconcelos escribe: "el concurso -- aparente o currencia de normas incompatibles entre si se --

coloca generalmente dentro del estudio de las formas de aparición del delito y concretamente en los concursos de delitos. - Otros prefieren ubicarlo dentro de la teoría de la ley penal, como Crispigni en Italia y Porte Petit en México. Jiménez de Asúa se adhiere a este último criterio por estimarlo correcto.

Continúa explicando el tratadista "en realidad no hay razón justificante para el primer punto de vista, supuesto que - la concurrencia de normas es un problema de simple aplicación de la ley, en el cual el concurso es inexistente. Crispigni -- aceptando la sistemática correcta hace notar que la expresión "concurso de leyes" es ciertamente impropia, pues en realidad no se trata de un concurso sino a lo más de la concurrencia de una norma con otra, existiendo de ambas la pretensión de regular el caso concreto."(23).

Resulta por demás explícita la exposición de Porte Petit, cuando señala " para determinar cual es el lugar que debe ocupar el tema de la concurrencia de normas incompatibles entre - sí, debemos inquirir que es lo que se trata de resolver en es te problema . Y es incuestionablemente un problema de aplica-- bilidad de la norma penal; saber de dos o más normas que regulan una materia, cual de ellas es la aplicable y cual de ella, o ellas, quedan excluidas. En consecuencia, la colocación --- correcta de una concurrencia de normas incompatibles entre sí

debe ser en la Teoría de la norma" (24).

Podemos concluir que la concurrencia de normas es un problema que atañe al Juzgador cuando se trata de la aplicación de la ley penal, y por ello su análisis se hace dentro de este apartado. Asimismo, se concluye que la solución al problema se obtiene cuando se elige la norma que ha de aplicarse; sin embargo, hoy en día, se presentan problemas no menos arduos de resolver cuando se trata de determinar cual de todas las normas concurrentes debe prevalecer sobre las otras, lo que implica un estudio por separado, de los principios que la doctrina reconoce para dar solución.

4.- Principios para solucionar la concurrencia de normas.-

La doctrina reconoce casi unánimemente cuatro principios para solucionar la concurrencia de normas, y al respecto Zaffaroni manifiesta: "Hay tres principios que son utilizados para descartar la aplicación de tipos penales en los casos de concurrencia aparente y que la doctrina admite pacíficamente, aunque hay autores que aumentan el número con un cuarto principio. Se trata de los principios de especialidad, consunción, y subsidiaridad, algunos autores agregan el principio de alternatividad, pero en realidad, la alternatividad es la resultante de la aplicación de los anteriores."(25).

24.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 175.

25.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 668.

Jiménez de Asúa anticipa " no todos los autores estan de acuerdo en recibir cuantos principios enumeraremos luego, ni - en adoptar el criterio de los efectos que producen" (26).

En tanto Maggiore expone " decidir, entre varias normas - concurrentes, cual conviene a cada caso, depende la determinación del régimen penal aplicable. Los principios que invoca la doctrina a propósito del concurso aparente de normas pueden reducirse a tres: la especialidad, la subsidiaridad y la consunción" (27).

Pavón Vasconcelos refiere "Felipe Grispigni señala que - puede arribarse a la solución de la concurrencia de normas mediante la aplicación de los principios de especialidad, de consunción y de subsidiaridad." (28).

Porte Petit finaliza "no hay un acuerdo unánime con relación a los principios que deben regir sobre el problema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí..." (29).

Tales principios, a saber son:

1.- Principio de especialidad.- Pretende encontrar el fundamento de la exclusión de las normas no aplicables, en el carácter de especial que con relación a aquéllas tiene la que --

26.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 535.

27.- MAGGIORE, Guisepe, op. cit. página 241 y 243.

28.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 153.

29.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 177.

habrá efectivamente de regular el caso concreto. *Lex specialis derogat legi generali*, es decir, la ley especial excluye a la ley general."(30).

La existencia de este principio la expresa Zaffaroni de - la siguiente manera: "el principio de especialidad responde -- a la antigua y conocida regla según la cual la ley especial de roga a la general. La especialidad es un fenómeno que tiene lugar en razón de un encerramiento conceptual que un tipo hace - del otro, y que presupone una relación de subordinación conceptual entre los tipos." (31).

Cuando la norma especial contiene la materia de la norma general, más una nota o elemento específico, es decir, la norma específica lógicamente predomina con relación a la norma general, por ello, el principio de especialidad requiere:

- a).- Que la materia regulada sea la misma, y
- b).- Que la norma especial contenga además de todos los - elementos de la norma general, otro particular."(32).

Respecto a este principio, recordemos el análisis que se hizo en el apartado correspondiente a la clasificación de los delitos, dividiéndose en fundamentales o básicos y especiales o complementados (ver capítulo segundo, inciso 3). Siendo partidario de este principio nuestro Ordenamiento Penal, y en su

30.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 153.

31.- ZAFFARONI, Eugenio, op. cit. página 669.

32.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 179.

artículo 60. de su ley sustantiva, dispone:

Artículo 6.-...

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

Sin embargo, nuestra legislación penal no resuelve de manera satisfactoria la concurrencia de normas, ya que como observaremos en un fallo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, resulta menester para el Juzgador apoyarse en la doctrina a fin de fundamentar la aplicación de cualquiera de las normas que concurren, y ésto mediante cualquiera de los tres principios restantes, dependiendo de las características de la concurrencia que se presenta.

2.- Principio de consunción o absorción.-

Un tipo descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un encerramiento material (34).

Existe este principio cuando la materia o el caso regulado por una norma, quedan subsumidos en otra de mayor amplitud.(35)

Para determinar cual es la norma de mayor amplitud, entre

34.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 669.

35.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 226.

las que concurren, los ius penalistas, enfocan la amplitud de la siguiente manera:

"El problema no puede ser resuelto sin desentrañar el disvalor antijurídico amadrigado en cada uno de los tipos penales."(36)

"Una norma puede ser más amplia porque el bien amparado - por ella comprende al amparado por otras normas."(37).

"La mayor amplitud de la ley o de la disposición legal - puede derivar del bien jurídico tutelado -que comprende tam- -- bién el protegido por otra ley-, o de la naturaleza de los medios adoptados, o de los efectos producidos, o bien, de que -- aquélla asuma como elemento constitutivo o circunstancia calificativa el hecho previsto por la otra ley."(38).

Por su parte Maggiore se refiere al problema del vortat - (hecho anterior) y del Nachtat (hecho posterior), como parte - concerniente al principio de consunción para resolver el pro- blema de la concurrencia de normas."(op. cit. página 247).

Es decir, la característica que determina la aplicación - de este principio de consunción, básase en el contenido del -- disvalor antijurídico encerrado en las normas concurrentes. En tal virtud, Jiménez Huerta escribe: "hay conductas que al ser

36.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, op. cit. página 203.

37.- MAGGIORE, Giuseppe, op. cit. página 246.

38.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 558.

subsumidas en el tipo en que más adecuadamente encuadran, consumen, esto es, destruyen o extinguen el disvalor delictivo -- plasmado en otro tipo, ya que en aquél yace latente éste.

El principio de la consunción no está expresamente declarado en la ley, pero sí insisto en la voluntad de la misma, según se deduce de su racional interpretación; el apotegma penal *ne bis in idem*; imposibilita que un hecho pueda ponerse varias veces a cargo del mismo autor.(39).

En tal sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece: "en ocasiones, un tipo describe un estado inferior de una violación, y otro uno más grave, resultando entonces que el estado inferior está captado igualmente por otro tipo, y -- surge entonces el llamado concurso aparente de leyes; de aplicarse las dos normas, se estaría frente a una recalificación -- típica del hecho y se violarían las garantías del acusado (40)

Finaliza Welzel diciendo "el contenido de injusto de un tipo comprende también de modo característico el contenido del injusto de otro tipo, de modo que el castigo del hecho accesorio se satisface conjuntamente con el del hecho principal (41)

Así, estaremos en presencia del principio de consunción -- para resolver la concurrencia de las normas que se plantea, --

39.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, op. cit. página 203.

40.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, TOMO CXII, página 725.

41.- WELZEL, Hans Derecho Penal Aleman, 9a. ed. Bonn, 1969, página 320.

- a).- Cuando el bien tutelado por la norma de mayor alcance o - amplitud, comprende el tutelado por la norma de menor alcance o amplitud.
- b).- Cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud - es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud.
- c).- Cuando los medios exigidos en el tipo, son de mayor ampli tud que los exigidos en la norma consumida.
- d).- Cuando los medios exigidos en el tipo corresponden a - - una figura delictiva descrita autónomamente.(42).

3.- Principio de subsidiaridad.-

"Ciertos delitos rigen sólo cuando no se aplica otra ley normalmente más grave."(43).

Dicho lo anterior, Porte Petit explica: "otro de los prin cipios que se utiliza para resolver el problema de la concurren cia de normas incompatibles entre sí, es el de subsidiaridad, que existe cuando al concurrir dos normas o más respecto de -- una materia, tiene aplicación la norma principal o primaria en vez de la subsidiaria, secundaria, eventual o supletoria."(44)

El criterio de subsidiaridad, -anota Maggiore-, a diferen cia del de especialidad, encuentra grande oposición entre los autores. Los que lo defienden, distinguen dos especies de - -

42.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 227-228.

43.- WELZEL, Hans, op. cit. página 322.

44.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 184.

subsidiaridad: 1) explícita, que sería aplicable siempre que - la ley, al acriminar una figura delictiva, emplea esta excep-- ción: "fuera de los casos de..."; 2) otra implícita o tácita - que tendría lugar siempre que se pueda deducir de la relación_ en que se halla la norma con respecto a otra. (op. cit. p. 245).

Por su parte PAVON VASCONCELOS señala: "adquiere realidad o funcionamiento este principio cuando la ley o disposición -- tiene carácter subsidiario respecto de otra, en cuyo caso ésta excluye la aplicación de aquélla."(45).

Aportando un enfoque sustentado en la tipicidad, Zaffaroni, arguye: "el tercer principio que produce el desacarte de - uno de los tipos es el de subsidiaridad, que tiene lugar cuando hay una progresión en la conducta típica, en la que la puni_ bilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipi- cidad de las etapas anteriores. Es el fenómeno de la interferen_ cia por progresión, que se produce cuando la tentativa queda - interferida por la consumación punible o el acto preparatorio eventualmente típico."(46).

Es decir, que la nota distintiva desde este punto de vis- ta, la proporciona el mecanismo de marcha de la actividad cri- minal, en la que, debe destacarse la comisión de un delito co- mo resultante de los actos ejecutivos de uno diverso.

45.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 156.

46.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. página 669-670.

4.- Principio de alternatidad.-

Respecto a este último principio, encontramos en la doctrina tan diametrales posturas como severas críticas, por lo que, debemos conformarnos con exponerlas.

El creador de este principio fue Binding; principio que - por otra parte, ha sido bastante discutido, habiéndose emitido sobre el mismo muy variados conceptos.(47).

En tales condiciones Maggiore anota "un cuarto principio; el de la alternatidad, que se tendría cuando dos leyes amparan un mismo derecho-interés, pero requieren elementos esenciales de hecho contradictorios entre sí. Más esta nueva categoría parece poco sostenible y sin justificación alguna." (48).

En su obra, PAVON VASCONCELOS reproduce las palabras de Soler " se habla de la alternatidad cuando las normas concurrentes protegen el mismo interés jurídico, aún cuando sus elementos constitutivos no sean idénticos...en ocasiones la alternatidad se produce como consecuencia de la equivalencia de las valoraciones contenidas en la ley penal, de tal manera que resulta indiferente la aplicación de una u otra norma. - - "los tipos son siempre incompatibles y se excluye toda posibilidad de aplicación simultánea, porque cualquiera de ellos es

47.- PORTE PETIT, Celestino, op. cit. página 184.

48.- MAGGIORE, Guiuseppe, op. cit. página 248.

suficiente para alcanzar el grado de penalidad y a éste le es indiferente que además de uno de los tipos, se haya también -- ejecutado la acción correspondiente al otro tipo, y claro está, sea ello con un sólo hecho o no."(49).

Jiménez de Asúa concluye "sobre la existencia sustantiva de este principio de alternatividad no están absolutamente de acuerdo los escritores"(50).

A pesar de que en este último punto los jus penalistas no concuerdan tanto en concepto como en existencia de este principio; lo cierto es que, la concurrencia de normas requiere de acatar el principio adecuado para dar solución al conflicto, - pero sobre todo, de aplicar la norma exacta al caso concreto y con ello, evitar la doble penalidad, misma que implica conculcar las garantías individuales del sentenciado.

En tales circunstancias, resulta relevante el planteamiento del presente trabajo, porque recordemos que en esta obra se incluíran dos fallos emitidos: el primero por un Juzgado de primera Instancia del fuero común en el año de 1992, donde reconoce el Juzgador la necesidad de apoyarse en la doctrina a fin - de determinar el principio bajo el cual debe resolverse la --- concurrencia de normas; y, finalmente otro fallo, en donde de manera más gráfica podremos observar el erróneo criterio de un

49.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. página 156-157.

50.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 540.

Poder Judicial, que lejos de gozar de uniformidad de criterio, sólo destaca la diametral óptica que se tiene respecto de un hecho, que desde luego, visto de diferentes ángulos, tiene consecuencias perjudiciales para el sentenciado.

Por supuesto que, el criterio de la sustentante no se inclina en pretender ser benévolo en la aplicación de una pena, muy por el contrario, aprueba abiertamente todas aquéllas reformas que vienen a subsanar las lagunas que nuestro Ordenamiento represivo denotaba y que conllevaban implícitamente a la impunidad del acto. Tampoco obedece nuestro interés a poner en tela de juicio la actuación del Poder Judicial, ya que la intención de la sustentante al exhibir el contradictorio criterio de nuestro Organo de Justicia, obedece a la finalidad de probar que en la práctica la figura de la concurrencia aparente de normas incompatibles entre sí, es poco conocida por la autoridad que imparte Justicia, y que, por otra parte, nuestra Legisla---ción Penal, no resuelve el problema de la aplicación de la norma, al remitir al principio de especialidad que contiene el artículo 6o. del Código Penal, vigente para el Distrito Federal.

5.- Similitudes y diferencias entre el concurso ideal de delitos y la concurrencia aparente de normas incompatibles entre sí.-

Con toda cautela se ha expuesto tanto el concurso ideal de delitos, como la concurrencia aparente de normas, a fin de no -

crear confusión en la mente del lector, sin embargo, en este apartado podemos destacar las similitudes y diferencias de ambas figuras, ya que recordemos lo aseverado por Jiménez de Asúa "la doctrina alemana, era hasta hace muy poco la única que se ocupó de este asunto, distinguiendo el concurso formal de delitos , del concurso de leyes."(51).

Tratándose de similitudes, ambas parten de un mismo hecho, es decir, para que se esté en presencia de un concurso de delitos, basta una conducta que encuadre en diversos dispositivos de nuestro Ordenamiento Punitivo. Así también para estar en presencia de una concurrencia de normas, basta que la conducta encuadre en diversas disposiciones del citado Ordenamiento..

Sin embargo, es precisamente la apreciación del hecho o conducta lo que las hace diferentes; esto es, que mientras en el concurso ideal de delitos el hecho provoca la producción de diversos delitos, lo que implica aplicar las sanciones de las diversas normas que fueron violentadas con ese hecho. En la concurrencia de normas ocurre precisamente lo opuesto, la conducta o hecho aunque encuadre en diversos dispositivos penales, tiene que ser punible solamente mediante la aplicación de una de las normas que reclaman su aplicación.

Es por ello, que Welzel anota "el concurso ideal consiste en que el contenido delictivo de una acción sólo es comprendido

en todos sus aspectos mediante varios tipos -y refiriéndose al concurso aparente de normas- ciertamente desde un punto de vista formal serían aplicables varios tipos a la acción, pero el contenido delictivo es determinado totalmente mediante uno de estos tipos. Este tipo elimina a todos los restantes." (52).

Otra similitud entre ambas figuras es la concurrencia de tipos; sin embargo, la nota distintiva es que en el concurso - ideal las normas concurrentes pueden coexistir en su aplicación, en tanto en el Instituto Jurídico que estudiamos dichas normas se repelen en su aplicación.

Pronunciándose en este mismo sentido Fontan Balestra al - reconocer "lo esencial aquí es que en el concurso ideal los tipos penales no se excluyen entre sí; en tanto que en el concurso de figuras se excluyen".(53).

Estableciendo la diferenciación, Jiménez de Asúa al anotar: "se diferenciá del concurso ideal de delitos, con el que a menudo se le ha confundido porqué en éste hay realmente encuadramiento múltiple y en el concurso aparente de leyes sólo se trata de decidir la subsunción."(54).

Otra diferencia que encontramos es que, las normas que -- concurren en el concurso ideal, sólo describen figuras delictivas, en tanto la concurrencia de normas puede darse entre delitos, o entre éstos y disposiciones que agravan la pena.

53.- FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit. página 33.

54.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. página 533.

Maggiore opina "el concurso aparente puede registrarse no sólo frente a normas que describen un tipo de delito en sus -- elementos esenciales, sino también con respecto a otras normas que señalan causas de justificación, circunstancias agravantes y atenuantes, causas extintivas, condiciones de punibilidad, etc."(55).

Tratándose del concurso ideal de delitos, nuestra Legislación Penal, contiene tanto su definición como su punibilidad; al referirnos a la concurrencia de normas, corresponde al Juez determinar cuando se está en presencia de ésta, y la manera en que ha de excluir la aplicación las normas concurrentes para dar cabida a la norma que corresponda.

Para finalizar nuestro capítulo, podemos señalar que en la práctica la concurrencia aparente de normas incompatibles entre sí, se advierte predominantemente entre el tipo de ROBO, previsto por el artículo 367 del Código Penal, y las circunstancias calificativas o agravantes descritas en los artículos 372, 381, y 381 bis, del citado Ordenamiento y que desde luego lo cualifican.

Sin embargo, con asombro, y para bien, advertimos que la reforma de 1996, hecha al Código Penal, contiene una adición al artículo 371 del Ordenamiento, que en parte resuelve la concurrencia, al disponer:

Artículo 371.- ...

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja..."

Así, en la práctica evita que concurren las calificativas:

- de violencia moral (prevista en el artículo 372 C.P.)
- de persona armada (prevista en la fracción IX del 381 C.P.)
- de pandilla (prevista en el 164 bis del C.P.)
- cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público.(prevista en la fracción -VII del artículo 381 del C.P.).

Aunque advertimos que cuando el delito es cometido por un sujeto, dicho precepto no tiene aplicación, por lo que, la pena de prisión que se le imponga a éste, puede inclusive rebasar la señalada en el artículo 371, en virtud de aplicar la --correspondiente a las calificativas que concurren.

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

PRIMERA.- La concurrencia aparente de normas incompatibles entre sí, es un tema que debe ser estudiado urgentemente, en -- virtud de la importancia que cobra al aplicar una pena de pri sión, pues su desconocimiento conduce a elevar la sanción pri vativa de libertad.

SEGUNDA.- El estudioso del Derecho, debe contar con una concepción integral del delito, así como de la clasificación -- de éste, para estar en aptitud de apreciar el momento en que -- se presenta una aparente concurrencia de normas incompatibles entre sí.

TERCERA.- El postulante en el proceso penal, debe contar con -- el conocimiento integral de las diversas figuras jurídicas, -- así como de la jerarquización de la norma penal, para estar en aptitud de sostener una defensa acorde al derecho.

CUARTA.- El Organó de impartición de Justicia, debe recurrir a la doctrina para desentrañar la problemática que se presenta -- en el caso concreto cuando dos o más normas aplicables con---- curren, pero que se repelen al aplicarse.

QUINTA.- El Organó de impartición de justicia debe fundarse en los principios que la doctrina reconoce como válidos para --

solucionar la concurrencia de normas que se repelen en su --- aplicación, pues, es precisamente en la doctrina donde encontramos la explicación de una mayor o menor amplitud de la -- norma penal.

SEXTA.- El Organo de impartición de Justicia debe contar con - uniformidad de criterio en relación a las figuras jurídicas -- de la participación, la tentativa y la concurrencia de normas, a fin de evitar la incongruencia que en la práctica adverti--- mos respecto de un mismo caso, donde tres diversos órganos de_ justicia sostienen argumentos tan diversos, y consecuentemente encuentren una distinta aplicación de las normas, dándose un - incremento en la pena privativa de libertad.

SEPTIMA.- El legislador debe contar con un conocimiento inte- gral del Ordenamiento Penal, para estar en aptitud de crear - tipos penales que tiendan a conciliar el conflicto que se --- presenta en la concurrencia, mediante la integración de hipó- tesis que contengan los caracteres de las normas concurrentes.

OCTAVA.- El legislador debe contar con un conocimiento inte-- gral del Proceso Penal, para crear dispositivos penales que - regulen la solución de la concurrencia de normas incompati-- bles entre sí, y de esta manera salvar la insostenible norma- tividad del artículo 6o. del Código Penal, en lo que se refie- re a este instituto.

NOVENA.- El alumno debe estudiar la concurrencia aparente de - normas incompatibles entre sí, desde la óptica propuesta en el presente trabajo, ya que de esta forma contara con un conoci-- miento integral no sólo del delito, sino de los diversos insti-- tutos jurídicos que convergen en la aplicación de la Ley Penal.

DECIMA.- El Derecho penal es tan dinámico que, la actividad no sólo del legislador, del postulante o del juzgador debe estar acorde con la realidad social, sino es pues, el docente quién debe incluir en sus planes de estudio, todos aquéllos temas -- que son relevantes en la vida del estudiante que el día de ma-- ñana se enfrentara a la práctica penal.

BIBLIOGRAFIA

- BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal, Parte General, 4a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 16a. edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl y CARRANCA Y RIVAS Raúl. Derecho Penal Mexicano.- Parte General, 18a. edición, Editorial Porrúa, México, -- 1991.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General, 15a. edición, Editorial Porrúa, México, 1981.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Volúmen I, 17a. - edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975.
- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, 12a. edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, -- Parte General, 2a. edición, Abelardo-Perrot Editorial, - - Buenos Aires, 1990.
- GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal. Bibliografía Omeba. Argentina 1962.
- HERNANDEZ LOPEZ, Aaron. El Proceso Penal Federal. Comentado. 3a. edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- JESCHECK Hains-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Volúmen II, - Bosch, casa editorial, España, 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 4a. edición, Losada Editores Buenos Aires, 1964.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, tomo III "el -- delito", 4a. edición, Lozada Editores, Argentina, 1963.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el delito, Editorial Bello, Venezuela, 1945.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, tomo I "Introducción al estudio de las figuras típicas", 3a. edición, -- Editorial Porrúa, México, 1980.

- KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Traducción directa del alemán por LEGAZ LACAMBRA, Luis. Editora Nacional, .S.A., - México, 1979.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Volúmen 1 "El Derecho Penal" 5a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1971.
- MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.
- NAWIANSKY, Hans. Teoria General del Derecho, 2a. edición, Traducción de ZAFRA VALVERDE, José, Editora Nacional, México, 1980.
- ORONoz SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. 3a. edición, Editorial Limusa, México, 1989.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General. 7a. edición, Editorial Porrúa, México, 1985.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I, 11a. edición, Editorial - Porrúa, México, 1987.
- ROMO MEDINA, Miguel. Criminología y Derecho. 2a. edición, UNAM, México, 1989.
- SILVA SILVA, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, - México, 1990.
- SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General 3a. edición. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1990.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. 9a. edición. Bonn, 1969.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General, 4a. edición Argentina, 1985, 2a. edición para México, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho 38a. edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

Legislación consultada en el presente trabajo.

CODIGO CIVIL, vigente para el Distrito Federal en materia -
común y para toda la República en materia Federal, 9a.
edición, Ediciones Delma, México, 1993.

CODIGO PENAL, vigente para el Distrito Federal en materia co-
mún y para toda la República en materia Federal, 2a. ----
edición, actualizada y corregida. Grega Editores, México,
1996.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, para el Distrito Federal, --
2a. edición actualizada y corregida. Grega Editores, Méxi
co, 1996.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, TOMO XXIX. Segunda Parte,
Sexta época.

I N D I C E

INTRODUCCION.....	I
CAPITULO PRIMERO	
EL DERECHO PENAL.	
1.- CONCEPTO DE DERECHO PENAL.....	1
2.- AMBITO QUE CUBRE EL DERECHO PENAL.....	6
3.- EL ESTADO COMO REGULADOR DEL DERECHO PENAL.....	11
4.- MEDIOS REPRESIVOS DEL DERECHO PENAL.....	13
5.- OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO PENAL.....	16
CAPITULO SEGUNDO	
DEL DELITO	
1.- CONCEPTO.....	20
2.- DIFERENTES CONNOTACIONES DEL DELITO.....	22
3.- CLASIFICACION DEL DELITO.....	28
4.- SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL DELITO.....	47
5.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO.....	53
CAPITULO TERCERO	
LA TEORIA DEL DELITO	
1.- CONDUCTA.....	56
2.- TIPICIDAD.....	63
3.- ANTIJURIDICIDAD.....	69
4.- CULPABILIDAD.....	84
5.- PUNIBILIDAD.....	95

CAPITULO CUARTO

LA PARTICIPACION, EL CONCURSO

Y LA TENTATIVA

ESTUDIO PREVIO.- EL ITER CRIMINIS.....	101
1.- CONCEPTO DE PARTICIPACION.....	103
2.- DIFERENTES APRECIACIONES DE LA PARTICIPACION.....	104
3.- CONCURSO DE DELITOS.....	112
4.- LA TENTATIVA.....	120
5.- COMENTARIOS DEL AUTOR.....	130

CAPITULO QUINTO

LA CONCURRENCIA DE NORMAS

1.- NOCION DE NORMAS.....	135
2.- CLASIFICACION DE NORMAS.....	138
3.- CONCURRENCIA DE NORMAS.....	144
4.- PRINCIPIOS PARA SOLUCIONAR LA CONCURRENCIA.....	152
5.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL CONCURSO IDEAL.....	162
DE DELITOS Y LA CONCURRENCIA APARENTE DE NORMAS.	

ANEXOS AL CAPITULO QUINTO.....	167
--------------------------------	-----

CONCLUSIONES.....

BIBLIOGRAFIA.....



Resolución de primera Instancia con EL TIGRE 226

México, Distrito Federal a 4 cuatro de junio de 1996
mil novecientos noventa y seis

VISTA las presentes actuaciones para resolver en definitiva la causa número 04/96, instruida por el delito de ROBO CALIFICADO, en contra de JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS "EL GATO" y JUAN MANUEL LLANITO REYES "EL TIGRE", quienes se encuentran en el interior del Reclusorio Preventivo Norte, y quienes por sus generales el primero de ellos manifestó: llamarse como ha quedado escrito, ser de 21 veintiun años de edad, soltero, católico, instrucción tercero año de secundaria, ocupación hojalatero y pintor automotriz, originario de México, Distrito Federal, con domicilio en calle Centeotl, número 9, Colonia La Preciosa, Código Postal 02460, Delegación Azcapotzalco; el segundo de ellos JUAN MANUEL LLANITO REYES manifestó ser de 25 veinticinco años de edad, soltero, con instrucción segundo de secundaria, de ocupación pintor de casas, originario de México, Distrito Federal, con domicilio en Av. Miguel Lerdo de Tejada número 425, colonia Tezozomoc, Código Postal 02459, en la Delegación Azcapotzalco; y

EL TIGRE

RESULTANDO

19.- Ante el Ministerio Público del fuero común del Distrito Federal, se integró la Averiguación Previa número 55/25/96-01, por medio de la cual la Representación social ejerció acción penal en contra de JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS "EL GATO" y JUAN MANUEL LLANITO REYES "EL TIGRE", por considerarlos probables responsables de la comisión del delito de ROBO CALIFICADO;

20.- Con fecha 10 diez de enero de 1996 mil novecientos noventa y seis, fue consignada la causa a este Juzgado, ratificando como legal la detención del denunciado por auto de la misma fecha, tomándole además, la Declaración Preparatoria; en 12 doce de enero de 1996 mil novecientos noventa y seis, se dictó Auto de Fección Constitucional, decretándose su formal prisión preventiva por el delito de ROBO CALIFICADO, en el procedimiento ordinario, concurriendo la causa a la Comisión





medico que obra a fojas 13 de autos, en el que se encontro
a LUCIO ROBERTO MENDIOLA CERENO mordida humana en pulgar
derecho, lesion que tuvo a su vista el Ministerio Público
en la diligencia denominada de lesiones que obra a fojas
11. - - - - -

- - - Las pruebas antes analizadas, tienen valor de
convicción de acuerdo con el Código de Procedimientos
Penales, pues a las testimoniales analizadas no les
encontramos circunstancia alguna que ~~les~~ reste
confiabilidad en términos del artículo 255 del Código de
Procedimientos Penales, pues las narraciones se enarzaban en
forma natural sin que hubiesen variado el sentido de los
hechos narrados en sus compareencias ante este juzgado, en
la audiencia de pruebas en que fueron interrogados y
creados por lo que merecen convicción; las inspecciones de
vehículo, lesiones, arma y cartuchos, fueron realizadas por
el organo investigador de acuerdo con lo preceptuado por
los artículos 94 y 95 por lo que su valor probatorio se lo
otorga el artículo 286; las documentales, en términos del
artículo 252 son presunciones; la pericial en medicina
obce las lesiones, al ser realizada conforme a la ciencia
medica se lo otorga valor de acuerdo con el artículo 254,
Todos del Código de Procedimientos Penales, por ende de
confesividad con el artículo 261 del mismo ordenamiento
estubo en libertad de afirmar la existencia del siguiente
hecho: - - - - -



Juicio de tipicidad

El día ocho de enero de 1996, aproximadamente a las
17:45 horas, en las calles de Bahau, casi esquina con
Avenida de las granjas colonia Electricistas, los sujetos
a fines JUAN RAMON DIAZ TORREJOS, JUAN MANUEL LLANITO REYES
y el menor RODRIGO VERA SILVA, los dos primeros inculpatos
en la presente causa, dispararon con una arma de fuego al
y justo salida de la cadavera LUCIO ROBERTO MENDIOLA CERENO
al ser arrojados a bordo del vehículo Tauro blanco, marca
SEAT, propiedad de SILVIA MARGARITA CERENO; vehículo de
a ser conducido por el sujeto con la que obligaron a que
LUCIO ROBERTO MENDIOLA CERENO se postara al asiento trasero del



del artículo 217 del Código Penal y del artículo VII del inciso b) del artículo 217 del Código Penal.

No cabe duda que el Ministerio Público en su alegato de acusación acusa por la calificativa de Pandilla pero no señala las hipótesis conexas de la agravante y esto es lo que se especifica en la reunión que habitual, ocasional o transitoria, por ende el representante fiscal incumple con la obligación que le confiere el artículo 217 del Código de Procedimientos Penales al referir en "En las conclusiones que deban presentarse por escrito se fijaran en proposiciones concretas los hechos posibles que se atribuyen al acusado" por lo que ante tal deficiencia de carácter técnico, como es la función específica del órgano acusador, por lo que para no intentar la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 21 constitucional, no se debe proceder a entrar al análisis de la agravante citada y por ende no se considerara el robo con dicha calificativa.

Impresión de la acusación

También acusó el Ministerio Público, la agravante de persona armada, pero dado que el arma, objeto sobre el cual se cuestiona, es ya motivo de otra agravante que especifica al contener mayores elementos descriptivos como es la violencia consistente en el ataque por lo tanto el traer el arma se subsume en la conducta de atacar por lo que no se considera como agravante el que uno de los activos hubiese estado armado al momento de los hechos.

Incorrecta apreciación de la concurrencia de armas

No es dable la negativa de los inculcados DON FELIX DON ESTEBAN LOS Y MARIAN MANUEL EL ARITO REYES, de haber ejercido el delito pues los depositados de los tres artículos en su poder se encuentran en el expediente, por ende no cabe duda de que los inculcados de haberse armado al momento de cometer el delito, por lo que se debe considerar el robo con dicha calificativa.

cual nos viáramos impedidos de hacerle el reproche penal correspondiente; mismas que se encuentran previstas en el artículo 15 del Código Penal en sus fracciones VII, VIII inciso B y IX. Luego entonces se debe afirmar que JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS y JUAN MANUEL LLANITO REYES actuaron con conocimiento de que la conducta de robar, esta sancionada por la ley penal; sin que se acredite que en el momento de desplegar la conducta que se les imputa, sufrieran alguna alteración mental que les impidiera comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse bajo dicha comprensión; ni tampoco se demostro alguna circunstancia que hiciera no exigible conducirse como lo hicieron; y no obstante ello optaron por robar con violencia a una persona que se encontraba abordo de un vehiculo, por tanto es procedente declarar a JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS y JUAN MANUEL LLANITO REYES, como penalmente responsables del delito de ROBO CALIFICADO con las agravantes de violencia y estando la victima abordo de vehiculo particular, haciéndose acreedores a la reacción penal.

III. Para efectos de imponer la sanción aplicable, por el delito cuyo tipo se acredito en el capitulo correspondiente a los sentenciados JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS y JUAN MANUEL LLANITO REYES, deberemos de estar a lo dispuesto en los artículos 370 párrafo tercero, pues de acuerdo con el dictamen de valuación que obra a fojas 75 de autos, al autovehículo se le encontro un valor de \$26,000.00, dictamen que fue emitido teniendo a la vista el vehiculo y no fue objetado por las partes por lo que merecen confianza en terminos del artículo 254 del Código de Procedimientos Penales; 372 y 381 párrafo primero del Código Penal y para individualizar la sanción prevista en dichos numerales, en sus mínimos y máximos deberemos de atender a lo que disponen los artículos 51 y 52 del ordenamiento sustantivo penal; así como a la magnitud del daño causado por el delito; por lo tanto el fundamento de la acción fue con solidez jurídica, por lo tanto el finio empleado para ejecutarla, fue el artículo de los reglamentos por lo que no se toma en cuenta

236



De todos los datos enumerados resultan relevantes para el propósito de este capítulo que el delito no es grave y con respecto a la culpabilidad de los agentes, esta no puede ser considerada alta, dada su deficiente educación, instrucción, bajo nivel socioeconómico, luego entonces considerando la gravedad del delito con la culpabilidad del agente deberemos de imponer a JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS y JUAN MANUEL LLANITO REYES una sanción ligeramente superior a la mínima por lo que por el tipo básico de robo se les impone 4 CUATRO AÑOS 2 DOS MESES DE PRISION Y MULTA DE 190 CIENTO NOVENTA DIAS DE SALARIO MINIMO EN LA EPOCA DE LOS HECHOS A RAZON DE 18.30 mas 7 SIETE MESES 15 QUINCE DIAS POR LA VIOLENCIA Y 1 UN MES 15 QUINCE DIAS POR VICTIMA ARROBADO DE VEHICULO, LO QUE EN TOTAL NOS DA 4 CUATRO AÑOS 9 NUEVE MESES DE CARCEL Y MULTA DE \$3,477.00 TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS 00/100 M.N. La pena de prisión se debiera de cumplir en el lugar que designe la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación y con fundamento en el artículo 29 fracción X de la Constitución, se debiera de tomar en cuenta la prisión preventiva sufrida, pues han estado privados de su libertad desde el 8 ocho de enero de 1986, la sanción pecuniaria debiera de enterarse a la Tesorería del Distrito Federal, en caso de incumplimiento de la sanción pecuniaria, en caso de incumplimiento de la multa y a la Unidad de los Reos, con fundamento en el artículo 29 párrafo cuarto del Código Penal, podrá ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad, y dado que la sanción pecuniaria impuesta fue de 190 ciento noventa días de multa por lo que en base al citado artículo en el párrafo quinto se señalan que deberán ser 190 ciento noventa jornadas de trabajo en favor de la comunidad, las que no deberán exceder de tres horas diarias ni de tres veces por semana las que se prestarán en las siguientes circunstancias y condiciones:

27 párrafo tercero y último del Código Penal, se debe fi

sanción de primera instancia



12 DE 11 PENAL

Penalidad de primera instancia

238

pena de prision
sin considerar
a calificativa
de
bandilla



SEGUNDO.- Por su comisión se le impone a JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS y JUAN MANUEL LIANITO REYES la pena de CUATRO AÑOS a NUEVE MESES DE PRISION y MULTA DE 100 CIENTO NOVENTA DÍAS DE EJERCICIO MÍNIMO QUE DA UN TOTAL DE \$2.477.00 TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS 00/100 4/10, misma que computarán en el lugar que a su efecto exista la autoridad que total computándose a partir del momento de su detención.

TERCERO.- Se substituye en caso de insolvencia la sanción de multa por 100 CIENTO NOVENTA DÍAS DE TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD.

CUARTO.- Se substituye la pena de prision por trabajo en favor de la comunidad, en terminos del considerando quinto de esta sentencia.

QUINTO.- Se sanciona con la reparación del daño consistente en la restitucion del vehiculo, pero como este fue recuperado se da por satisfecho.

SEXTO.- Amonestase a JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS y JUAN MANUEL LIANITO REYES para evitar su reincidencia respecto a lo expuesto en el considerando VII de la presente resolución.

SEPTIMO.- Hágase saber a las partes el derecho y termino para recurrir en apelación del presente fallo.

OCTAVO.- Notifíquese y hágense las anotaciones en el Libro de Gobierno, expidáse las boletas y copias de ley y dese cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 528 del Código de Procedimientos Penales y en su oportunidad archívese la presente causa como asunto concluido.

A. S. I. DEFINITIVAMENTE JUZGANDO LO RESOLVO Y FIRMA EL JUEFE PROCESAL EN EL TRIBUNAL FEDERAL LICENCIADO JOSE ANTONIO [redacted] ANTE EL C. SECREARIO DE ACUERDOS LICENCIADO [redacted] CON QUIEN SE AUTORIZA Y DA FE



ED. ERG
PENAL

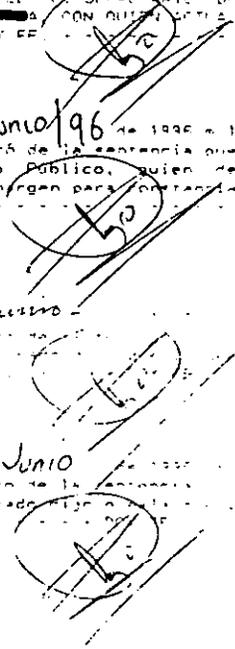
NOTIFICACION.- En fecha 5/junio/96 de 1996 a las once y seis, se notificó de la sentencia que antecede al C. Agente del Ministerio Público, quien de enterado dijo que la oye y firma el margen para constancia legal.

NOTIFICACION.- En fecha 4 de junio de 1996 a las once y seis, se notificó de la sentencia que antecede al C. Defensor, quien de enterado dijo que la oye y firma el margen para constancia legal.

NOTIFICACION.- En fecha 4 de junio de 1996 a las once y seis, se notificó de la sentencia que antecede al Defensor, quien de enterado dijo que la oye y firma el margen para constancia legal.

JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS

Recibí boleta N° 182336
Libri boleta N° 182337



Resolución de Segunda Instancia
fecha da en 9 de octubre de 1996.



~~_____~~
~~_____~~
~~_____~~
~~_____~~
~~_____~~

persona que con arreglo a la Ley podía disponer de ella.-----

----- Por lo anteriormente expuesto, es procedente afirmar que se encuentra legalmente comprobado el tipo penal de abuso de ROBO, previsto en el artículo 367 en relación al artículo 7o. fracción I (Instantáneo), 8o. (acción dolosa) y 9o. párrafo primero (capacidad de comprender y querer), actuando

?
Juicio de tipicidad

conjuntamente en términos de la fracción III del artículo 13 todos del Códigos Penal, elementos de convicción de los cuales se pone de manifiesto que JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS (a) "EL GATO y JUAN MANUEL MANITO REYES (a) "EL TIGRE", en compañía de RODOLFO VERA SILVA (a) "EL GORDO", cuando fue remitido a la agencia especializada del menor, actuaron en forma instantánea y dolosa, toda vez que los activos tenían conocimiento que no tenían derecho para apoderarse del referido vehículo, propiedad del pasivo.-----

----- I.- ANTIJURIDICIDAD.- Después de haber hecho un análisis exhaustivo de los elementos de prueba que constan de autos, esta revisora advierte que no existe ninguna norma de carácter permisivo que haga lícita la conducta desplegada por los activos en el evento criminal, toda vez que con su actuar idóneo se vulneró el bien jurídicamente tutelado en la norma que en el caso concreto lo es

JUAN MANUEL LLANITO REYES, junto con el menor imputado, se dan a la fuga a bordo del vehículo, y de igual forma, de las constancias se acredita que la víctima se encontraba a bordo ^{con arma} del vehículo particular, agravantes que se ^{capítulo I artículo 4} prueban con la denuncia de LUCIO ROBERTO MENDIOLA CEDEÑO, HELIODORO MENDIOLA SOBERANES y de lo expuesto por los policías judiciales ALFONSO GUZMAN FERNANDEZ y MANUEL TOVAR GONZALEZ, cuyas declaraciones fueron vertidas en el considerando II de esta resolución y se tienen reproducidas en este apartado para los efectos legales a que haya lugar. - - - - -

- - - Y en contestación a los agravios que hace valer el Ministerio Público, es de hacer notar que aún cuando solicita se tome en consideración la agravante de persona armada, de la lectura de sus agravios, no se desprende ningún argumento o elementos probatorios con los que desvirtúe lo aseverado por el A quo, en su resolución, por lo que se confirman los argumentos que hizo valer el juzgador en este sentido, ante la omisión que se produce en deficiencia por parte del Ministerio Público. -

- - - Y por cuanto hace a la consideración del ^{por la posición} capítulo II juzgador, de la banda prevista en el artículo 164 bis del Código Penal, resulta fundada en sus agravios el Ministerio Público, al destacar que lo fundamental de tal agravante lo es la reunión de tres o más personas, que sin estar organizadas con fines delictuosos.



106
MAGISTRADO PONENTE

Participación, Capítulo II, inciso 5
cometen en común algún ilícito, sin que sea relevante que esta reunión habitual, ocasional o transitoria, y que puede darse cualquiera de esta hipótesis, y el que no se puntualice sobre esto último, no implica una deficiencia técnica, o que deba quedar impune, ya que como lo sostuvo el representante social, lo esencial, es la reunión de tres o más personas para cometer el delito de referencia, con lo que se revocará el argumento del resolutor para tener por acreditada la agravante de pandilla.

- - - VII.- PRUEBA DE RESPONSABILIDAD PENAL.

La responsabilidad Penal de JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS (a) "EL GATO" JUAN MANUEL BLANCO REYES (a) "EL TIGRE". En la comisión del delito de Robo Calificado (cometido con violencia física y moral, estando la víctima adentro del vehículo y en pandilla) por el cual son acusados por el Ministerio Público. Se encuentra plenamente comprobada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 fracción I del Código Penal y del artículo 10 del Procedimiento Penal, en base a los elementos de convicción que fueron analizados y considerados en la resolución, los cuales tienen sus antecedentes en este capítulo obvio de las numerosas repeticiones, a las cuales se obtienen suficientes indicios valorados en el conjunto y entrelazados en un todo de forma lógica y natural, como tiene cabida en la doctrina penal.

SENTENCIA

culpabilidad abreviado a los sentenciados, para apreciarles una culpabilidad equidistante entre la mínima y la media; argumentos de los cuales en contestación a los agravios que hizo valer la defensa de los sentenciados, se desprende que resultan infundados los mismos, para apreciarles un grado de culpabilidad inferior al que les había apreciado el A quo, por lo que resulta procedente, de conformidad al artículo 370 párrafo tercero del Código Penal, imponerle a cada uno de los sentenciados por el tipo penal básico fundamental de robo, la pena privativa de libertad, consistente en 5 cinco años 6 seis meses de prisión y multa de 260 doscientas sesenta veces el salario que efectivamente resulta fundado el Ministerio Público en sus argumentos, al sostener que el Instructor, incorrectamente tuvo como \$13.50 el salario mínimo vigente al momento de los hechos, siendo que el vigente lo es de \$20.15, por lo que la multa impuesta hace una cantidad de \$5,241 dólares, que se incrementa por un año 7 de los cuales cinco días más de prisión, por la violencia física y moral, con que se cometió el delito de robo, y se incrementa por haberse cometido tal delito, encontrándose la víctima a bordo de un vehículo particular, por un año 7 de los cuales cinco meses más de prisión, y al haberse cometido el delito en pandilla, se incrementa por un año 4 cuatro meses 15 días más de prisión, lo que hace 11 años 11 meses 15 días de prisión.

Incremento de penalidad por inadvertir la concurrencia presentada entre el tipo básico y la calificativa (cap. I, inciso 4)

Incremento de penalidad por considerar a un menor de edad, para acreditar la participación de 3 personas (capítulo II, inciso 5).

de la siguiente forma: se confirma la condena a los procesados, por concepto del pago de la reparación del daño derivado del delito en comento y se da por satisfecha al haberse recuperado el vehículo, materia de apoderamiento.-----

- - - XI.- Se dejan subsistentes los considerandos VII y VIII de la sentencia impugnada por no ser materia de la alzada y encontrarse relacionados con circunstancias de carácter administrativo.-----

- - - Por lo expuesto y fundado, al resultar infundados los agravios hechos valer por la defensa del procesado, sin que la Sala encontrare alguno que suplir de oficio, y los hechos valer por el Ministerio Público fundados, al desvirtuarse los lineamientos legales hechos valer por el resolutor, resulta procedente modificar la sentencia impugnada, y con apoyo en los artículos 414 a 418, 425 y 427 del Código de Procedimientos Penales, es de resolverse y se:-----

----- R E S U E L V E : -----

- - - PRIMERO.- Se modifica la sentencia impugnada.-----

consecuencias de una equívoca aplicación de la ley penal.

- - - SEGUNDO.- Se modifica el punto primero resolutorio de la sentencia impugnada para quedar como sigue: "PRIMERO.- JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS (a) "el gato" Y JUAN MANUEL LLANITO REYES (A) "EL TIGRE", son penalmente responsables del delito de ROBO CALIFICADO



*Penalidad de Segunda Instancia

(cometido con violencia física y moral, estando la víctima abordo en vehículo particular y en pandilla) por lo que los acusó la Representación Social.-----

----- TERCERO.- Por su comisión, se le impone a

JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS (a) "EL GATO" y a JUAN

MANUEL "LANITO" REYES (a) "EL TIGRE", la pena

total de 9 NUEVE AÑOS 9 NUEVE MESES DE PRISION

Y MULTA DE \$5,244.00 CINCO MIL DOSCIENTOS

CUARENTA Y CUATRO PESOS, pena pecuniaria que

deberá enterar por conducto del Tesorero del

Departamento del Distrito Federal, y que en

caso de probada insolvencia, se le sustituye

por 260 doscientas sesenta jornadas en favor de

la comunidad, en los términos y condiciones

establecidas en el considerando IX de esta

resolución.-----

----- CUARTO.- Se revoca el resolutivo cuarto

de la sentencia impugnada, al no ser procedente

la concesión de ningún beneficio en favor de

los sentenciados.-----

----- QUINTO.- Se confirma el punto Quinto

resolutivo de la sentencia impugnada.-----

----- SEXTO.- Se dejan subsistentes los

resolutivos Sexto, Séptimo y Octavo, por no ser

materia de la alzada y encontrarse relacionados

con circunstancias de carácter administrativo.-

----- SEPTIMO.- Notifíquese; remítase copia

autorizada y el expediente original al Juzgado

de origen, dése cumplimiento a lo señalado por

el artículo 573 del Código de Procedimientos

Incremento de penalidad

SENTENCIA

196
MAGISTRADO
SECRETARÍA

Penales, y en su oportunidad archivase el Toca
como asunto totalmente concluido. - - - - -

- - - A S I por mayoría de votos, lo
resolvieron y firman los Ciudadanos Magistrados

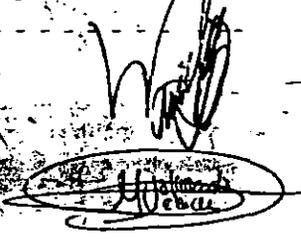
que integran la Décimo Segunda Sala del H.
Tribunal Superior de Justicia del Distrito
Federal, Licenciados: [REDACTED]

[REDACTED] contra el Voto Particu-
lar del Magistrado Vocal Lic. [REDACTED]

[REDACTED] Ante el C. Secretario de Acuerdos,
Licenciada: MARIA GUADALUPE VALENZUELA VELARDE,
quien autoriza y da fe: - - - - -

GMR/ma

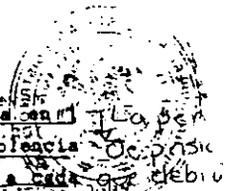
GMR/ma





actuación para lo mas grave es que no lleva a cabo una motivación adecuada para culminar su pedimento toda vez que no nos señala con toda precisión con que elementos de prueba de los que conforman el sumario por los aptos. e idóneos para poder acreditar, y ante las severas fallas advertidas en el pliego de conclusiones por parte del Ministerio Público, es viable afirmar que no cumple con lo señalado en los artículos 7, 316 y 317 del Código Procesal Penal y subsanar por parte de esta Resolutora tales deficiencias sería en su perjuicio de ahora apelante, enriqueciendo oficiosamente la resolución en perjuicio de este: ci- en cuanto a la calificativa prevista en el artículo 381 fracción III (hipótesis estando la víctima en un vehículo particular) del Código Penal, a criterio de quien emite el Voto Particular, tampoco se encuentra acreditada, toda vez que existe una doble cognoscación hacia un mismo objeto, a la consiguiente trasgresión de derechos públicos subjetivos en contra de los ahora apelantes por las siguientes razones: 1.- En primer lugar porque el vehículo sobre el cual recayo la conducta criminal es precisamente el objeto material que exige la descripción típica del delito de 280, que lo constituyo precisamente el vehículo marca modelo 1983, con placas de circulación 351-RMS del Distrito Federal, 2.- Por otro lado existe una misma objeto es la planta de una nueva generación, ahora se le integra los elementos de carácter espacial temporal que exige la calificativa, accetio para que este pueda estar en aptitud de cobrar vida jurídica. 3.- Ante esta doble cognoscación a ese mismo objeto, como se dejo asentado en líneas anteriores resulta inconducente de garantías individuales, motivo por el cual tambien se debe de desestimar. 4.- Finalmente se debe de señalar que la calificativa de violencia física y moral prevista en el artículo 373 párrafo segundo y tercero del Código Penal, si se surten en la especie, como podemos corroborar con el decir del denunciante LUCIO ROBERTO MENDIOLA VERENO cuando afirma con certeza que el día y hora de los hechos cuando se encontraba en el vehículo esperando a su papa, se le acercó un sujeto con una pistola y el cual lo agarra pasándole en el asiento trasero, subiéndolo así mismo, otro sujeto en ese asiento acercándose en esos momentos el padre del émitente por lo que aprovecha para asegurar la mano en ella que portaba el arma el sujeto y tiempo a forcejear por lo que salen rodando por la puerta derecha trasera, los otros dos sujetos ponen en marcha el vehículo, logrando

exacto valoración del evento.



Código Penal. La privación de la libertad se aumenta en UN AÑO 7 MESES 15 DIAS por la calificativa de violencia física y moral por el delito que al total de pena impuesta a cada uno de los sentenciados es de SIETE AÑOS UN MES Y CINCE DIAS Y 260 DOSCIENTOS SESENTA DIAS MUYTA equivalente a \$5,244.00. En la inteligencia de que la pena de prisión a la que deberán de comparecer en el lugar y términos que el efecto designe: la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, con abono de la preventiva sufrida con arreglo de esta causa - la misma a cada uno de los sentenciados. Se condena a la reparación del daño proveniente y del delito de ROBO a los sentenciados JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS; y JUAN MANUEL LLANITO REYES; pero se da por satisfecha, en virtud de haberse recuperado el bien mueble robado de conformidad con el artículo 29 primer párrafo, 30 fracciones I y II del Código Penal, y la confirmación llevada a cabo por el juez instructor, de conformidad con el artículo 42 del Código Penal y el artículo 212 del Código Procesal Penal.

Toda vez que la pena de prisión impuesta a cada uno de los sentenciados excede de CINCO años, es por lo que resulta procedente revocar el sustitutivo penal que les ha sido otorgado, en consecuencia, por no surtir los requisitos establecidos en el artículo 76 del Código Penal antes de su referida, atendiendo al principio de que el tiempo rige al castigo en materia penal.

Al resultar procedentes los agravios hechos valer por la defensa del procesado habiendo encontrado esta Sala deficiencias en la fundamentación y al resultar parcialmente fundados los agravios alegados por la Representación Social, resulta procedente modificar la sentencia impugnada en los términos siguientes:

En mérito de lo expuesto y fundado y con apoyo además en los artículos 423, 427 y 432 del Código Procesal Penal, se resuelve en consecuencia:

PRIMERO: Se modifican los puntos resolutivos PRIMERO y SEGUNDO de la resolución impugnada para quedar como sigue: PRIMERO: JUAN RAMON DIAZ TORRIJOS (a) "el gato" y JUAN MANUEL LLANITO REYES (a) "el tigre", son penalmente responsables del delito de ROBO CALIFICADO (cometido con violencia física y moral) por el cual los acuso el Ministerio de Salud Pública SEGUNDO: Por su comisión y peculiaridades de cada uno de los sentenciados resulta

La pena de prisión que debió haberse impuesto al act



pena de prisión que debe disminuir como se advierte del voto, al solucionar el concurso de normas

proporcional imponerle a cada uno de ellos las penas de SETE AÑOS Y UN MES Y QUINCE DIAS DE PRISION y 260 DOSCIENTOS SESENTA DIAS MULTA equivalente a \$5,244.00. que deberá enterar a la Tesorería. Multa que en caso de insolvencia comprobada se le sustituye a cada uno de ellos por 260 doscientos jornadas de trabajo no remunerado en favor de la comunidad. en los terminos y condiciones señalados en el capitulo IX de esta resolución." - - - -

- - - SEGUNDO.- Se confirman los puntos resolutivos QUINTO y SEXTO de la sentencia impugnada por estar apegados a la ley y a constancias procesales, quedando intocados el SEPTIMO y OCTAVO por contener cuestiones de caracter administrativo.- - - -

- - - TERCERO.- Se revoca el punto resolutivo TERCERO por no surtir los supuestos del articulo 70 del Código Penal.- - - -

- - - CUARTO.- Notifíquese, remítase copia autorizada de este Voto Particular al Juzgado penal de su origen, en cumplimiento a lo dispuesto en el articulo 578 del Código Procesal Penal, archívese en presente Toca como asunto totalmente concluido. - - - -

- - - A S I. en VOTO PARTICULAR lo resolvió y firma el Ciudadano Magistrado que integra la Décima Segunda Sala del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal Licenciado ~~_____~~ ante la C. Secretaria de Acuerdos de la Sala, con quien actúa y da fe. - - - -

SEPTIEMBRE

distancias y es necesario el transporte terrestre, ya sea público o privado como medio de locomoción.

Además, también resulta irrelevante que no hubiese sido precisamente el aquí quejoso quien lesionó y amagó con el arma de fuego al denunciante, toda vez que según el artículo 13, fracción III, del Código Punitivo del Fuero, son autores partícipes del delito, los que lo realicen conjuntamente y de las constancias probatorias se evidencia que JUAN MANUEL LLANITO REYES también participo en la comisión del delito de Robo, ya que subió a la parte posterior del automóvil en el que se encontraba el denunciante y se sentó a un lado de él, después de obligarlo a pasarse a la parte de atrás, dándose posteriormente a la fuga a bordo de dicho vehículo, que fue conducido por el menor Rodolfo Vera Silva.

Capítulo IV, inciso 5)

Por otra parte, debe decirse que, supliendo la deficiencia de la queja en términos del artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo, este Tribunal Colegiado advierte que la Sala sentenciadora indebidamente tuvo por acreditada la calificativa de pandilla, ya que la correcta interpretación del artículo 144 bis del Código Penal para el Distrito Federal, obliga a considerar que, para tener por justificada la calificativa que la precepto describe, es necesaria la "reunion habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito", es decir, personas que se encuentren dentro de la esfera del derecho penal, de tal suerte que si con dos adultos que cometen un delito concurre un menor de edad, tal calificativa no se configura, porque la imputabilidad es el presupuesto necesario para tener por comprobada la culpabilidad y, como

participación

"centavos, el salario mínimo vigente al momento de cometerse
 "hechos, siendo que el vigente lo es de \$20.15 veinte pesos
 "con quince centavos, por lo que la multa impuesta hace una
 "cantidad de \$5,244.00 cinco mil doscientos cuarenta y cuatro
 "pesos 00/100 M. N., que se incrementa en 1 un año 7 siete
 "meses 15 quince días más de prisión, por la violencia física
 "y moral, con que fue cometido el delito de robo, y se
 "incrementa por haberse cometido tal delito, encontrándose la
 "víctima a bordo de un vehículo particular, en 1 un año 3
 "tres meses más de prisión, y al haberse cometido el delito
 "en pandilla, ~~se le agregan 1 un año 3 meses 15~~
 "quince días más de prisión, lo que hace una pena total de
 "prisión de 9 nueve años 3, ~~trece~~ trece meses de prisión y multa de
 "\$5,244.00 cinco mil doscientos cuarenta y cuatro pesos
 "00/100 M. N. ~~que en caso de probada~~
 "insolvencia, se le sustituye por 260 doscientas sesenta
 "jornadas de trabajo en favor de la comunidad y por cada
 "jornada de trabajo saldará un día multa, dichas jornadas
 "deberán llevarse a cabo dentro de los periodos distintos al
 "horario de las labores que representen la fuente de ingresos
 "para la subsistencia de los sentenciados y sus familias, sin
 "que pueda exceder de una jornada extraordinaria que
 "determina la Ley Federal del Trabajo en su artículo 66, y
 "bajo la orientación y vigilancia de la autoridad Ejecutora,
 "sin que el trabajo impuesto resulte degradante o humillante
 "para los sentenciados, sin que exceda de una semana, de tres
 "horas diarias, ni más de tres veces por semana; la prisión
 "impuesta la compurgarán los sentenciados en los términos y
 "condiciones que para el efecto determine la Dirección
 "General de Prevención y Readaptación Social, con abono de la
 "preventiva sufrida, con motivo de la presente causa. X.-
 "Atendiendo a lo señalado por los artículos 29, 30 fracciones

incorrecto aplicad

250

Sala responsable, sino de \$5,239.00 cinco mil doscientos treinta y nueve pesos, siendo evidente que la multa erróneamente impuesta le perjudica.

Respecto al concepto de violación en el que se señala que debió haberse impuesto la pena mínima al quejoso, debe decirse que, el Juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, pues de lo contrario desaparecería el arbitrio judicial y la individualización de la pena no sería discrecional como lo establece la ley, sino un acto reglado u obligatorio.

En este orden de ideas, al no haberse acreditado la calificativa de pandilla, por las razones ya precisadas y al no estar ajustada a la legalidad la multa impuesta al sentenciado, resulta procedente conceder el amparo y protección de la Justicia Federal a JUAN MANUEL LLANITO REYES, para los efectos de que la Sala responsable, manteniendo en sus demás términos la sentencia que constituye el acto reclamado, elimine las penas de 1 un año 4 cuatro meses 15 quince días de prisión que indebidamente le impuso por la calificativa de pandilla y reduzca a \$5,239.00 cinco mil doscientos treinta y nueve pesos, la multa de \$5,244.00 cinco mil doscientos cuarenta y cuatro pesos que indebidamente le impuso, manteniendo la sustitutiva de 260 doscientas sesenta jornadas de trabajo no remunerado en favor de la comunidad,

Por lo expuesto y con apoyo en la fracción I, del artículo 10., 76, 77, 78, 158 y 194 de la Ley de Amparo y 37, fracción I, inciso a), Sección 2a., del Capítulo III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve:



PRIMERO.- Se sobresee en el presente juicio de amparo respecto del Juez Tercero Penal del Distrito Federal, Director General de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación y Director del Reclusorio Preventivo Norte del Distrito Federal, por las razones que señaladas quedan en el considerando segundo de esta ejecutoria.

SEGUNDO.- La Justicia de la Unión AMPARA Y PROTEGE A JUAN MANUEL LLANERO REYES, en contra del acto que reclama de la Décima Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que precisado quedó en el resultado primero de esta ejecutoria, para los efectos que se indican en el considerando primero de la misma.

Notifíquese con testimonio de esta resolución devuélvase los autos a la Décima Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; además, deberá enviarse copia autorizada de la misma al Juez Tercero Penal del Distrito Federal y en su oportunidad, archívese el expediente de amparo.

RECIBIDO EN
EL PRIMER
CIRCUITO

Así, lo resolvieron por unanimidad de votos los integrantes del Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal, Magistrados Carlos de Gortari Jiménez, (presidente), Guillermo Velasco Félix y Manuel Morales Cruz, habiendo sido ponente el primero de los nombrados, quienes firman ante el Secretario de Acuerdos que da fe.

estas lesiones en el momento de su captura, además de que los propios justiciables no remiten fueron presionados para declarar en determinado sentido y solo se limitan a decir fueron golpeados pero sin explicar la razón, en virtud de anterior es palpable y claro que sus posteriores declaraciones no fueron reproducidas con la espontaneidad que merecen su primeras declaraciones, en cambio las últimas se ven como actos de carácter defensivo para así evitar un reproche a su conducta, siendo en consecuencia aplicables en este apartado el principio de inmediatas procesal, que en múltiples tesis: Jurisprudenciales ha emitido Nuestro Máximo Tribunal, por lo que es conveniente reproducir la supraindicada tesis de este Supremo Tribunal. Se hace notar también que como consecuencia de lo hasta aquí referido, las últimas manifestaciones de los justiciables quedan aisladas, toda vez que no existe en el sumario elementos fehacientes que las corroboran, y por el contrario existen, como ya se ha dicho, las declaraciones que en contra de éstos realizan el denunciante, los policías captoras, informes de investigación, fotos de los detenidos (folios 20 f.) y aún las primeras declaraciones de los propios encausados. - En conclusión del cúmulo de datos que conforman el acervo probatorio, de un análisis ponderado de cada uno de éstos, de manera lógica y concatenada nos lleva de la verdad conocida a la que se busca con exclusión de la duda, conforando así la prueba plena a que se refiere el numeral 261 del Código de Enjuiciamiento Criminal y el indicado los que razonablemente nos crean convicción de que JOSE ALFREDO ACUINO LEON ó JORGE ALFREDO ACUINO LEON Y CARLOS ALMAGUER CABRERA, en fecha 5 cinco de agosto de 1991, mil novecientos noventa y uno, aproximadamente a las 10:45 horas abordaron en las calles de Reforma y Niza el vehículo Volkswagen sedan placas 96567, taxi, conducido por el hoy ofendido EDMUNDO SALAZAR FICHARDO a quien le solicitaron sus servicios y una vez que los llevó a los Reyes Iztacala, Estado de México, sacaron unas navajas y se las pusieron en un costado CARLOS ALMAGUER CABRERA y en el cuello JORGE ALFREDO ACUINO respectivamente despojándolo así de diversos objetos y numerario. - En virtud de que al momento del evento delictual JOSE ALFREDO ACUINO LEON ó JORGE ALFREDO ACUINO LEON Y CARLOS ALMAGUER CABRERA eran imputables esto es tenían conocimiento de su actuar antijurídico, así como de poder dirigirse de acuerdo a esta comprensión y pudiendo obrar conforme a derecho, que al no hacerlo lo era por tanto exigible una conducta diversa a la que realizaron, razón por la cual se les atribuye a ambos la consiguiente culpa de reproche. - - - - -

- - - III. - Una vez acreditada la corporeidad del hecho delictivo, así como la correspondiente autoría en la misma de los procesados JOSE ALFREDO ACUINO LEON ó JORGE ALFREDO ACUINO LEON Y CARLOS ALMAGUER CABRERA, toca ahora entrar al estudio

de la circunstancia accesoria que pretende hacer valer la Representación Social en el sentido de que el ilícito de ROBO se cometió con la agravante de VIOLENCIA MORAL, prevista en el artículo 373, párrafo tercero del Código Penal, agravante que se tiene por acreditada, en virtud de que las declaraciones del denunciante lo señalado por los remitentes y los procesados, son contestes en remitir que los justiciables por medio de navajas amagaron al ofendido para asfapoderarse de diversos objetos y dinero en efectivo, amén de que existe fe de navaja, informes de investigación y fe de objetos, haciendo notar no es obstáculo para concluir lo anterior, la declaración del ofendido cuando dice no esta seguro sea la navaja fedatada la que utilizaron los procesados para despojarlo de sus pertenencias, ya que es de considerar existe un lapso de tiempo entre la comisión del hecho delictual al momento en que declaró el denunciante siendo que los mismos procesados manifiestan que efectivamente esa navaja fue la que compraron para cometer ilícitos e incluso reconocen a misma como la que utilizaron en el delito de ROBO en cuestión; por lo que se insiste se tiene por acreditada la agravante indicada, lo que se tomará en cuenta al momento de individualizar las sanciones. - - - - -

- - - IV.- Por lo que respecta a la agravante que en su opinión de la Representación Social también rodeo el evento delictual, en el sentido de que el delito de ROBO fue cometido por varias personas (2) armadas contenida en la fracción IX del artículo 381 del Código Penal en vigor, además de la ya acreditada VIOLENCIA MORAL a que se refiere el artículo 373-tercer párrafo del Código Sustantivo de la Materia, al respecto es de advertirse lo siguiente: existe una situación de conflicto aparente de disposiciones del Ordenamiento Punitivo Indicado, ambas disposiciones se encontraban vigentes en el tiempo y espacio del hecho punible, pero las anteriores - circunstancias calificantes se revelan en su aplicación, en efecto, tales circunstancias no pueden concurrir simultáneamente pues el contenido del injusto y culpabilidad de la conducta punible en estudio queda ya determinada exhaustivamente con la sola presencia de la norma del precepto 373, párrafo tercero, de suerte que la condena basada en este punto de vista jurídico, ya expresa ajustadamente, al disvalor de todo proceso, habida cuenta de que las circunstancias de "persona armada", queda consumida, absorbida o incluida en el de violencia moral, por ser la primera el medio e instrumento de que se valió el acusado para amagar, intimidar o asedrentar a los sujetos pasivos y por éste modo obtener los objetos materiales del ROBO, y dado que en la especie no se lesionó ningún otro bien jurídico distinto del ROBO, y que el daño no se extiende cuantitativamente por encima de la medida del

ya producido, es claro que entre las normas que se estudi
hay una relación de consunción, a mayor abundamiento, cal
festigar que la calificativa de VIOLENCIA MORAL es de may
extensión o amplitud que el de "PERSONA ARMADA", por lo -
aquella encierra en sí, el disvalor que el legislador ha
tablado en la segunda, también por haberseado ésta el me
dio adecuado para lograr el ánimo de intimidación o amedr
tamiento perseguido por los sujetos activos, para facilit
se la realización del hecho típico en atención a lo proce
te, tiene plena aplicación el aforismo latino "lex consur
derogat legi consumptare" resultando como consecuencia la
suspensión de la calificativa de "persona armada", previs
en la fracción IX del artículo 381 del Código Penal. Ahor
si bien es cierto el que el único principio para resolver
concurso aparente de normas, en nuestro Ordenamiento Juri
co es el de especialidad previsto por el párrafo final de
artículo 6o. de la Ley Sustantiva Penal, ello no signific
que con dicho precepto se resuelvan todos los problemas d
la Institución Penal mencionada (concurso de normas), que
to que debemos acudir a la Doctrina para hacer una inter-
pretación y aplicación de las normas penales, como en la
precie sucede, siendo entonces atendible al principio de c
sunción, absorción o inclusión; por lo que en el caso con
creto deberá de entenderse a las circunstancias agravada
VIOLENCIA MORAL, antes referido, sin que en consecuencia,
se aplique la agravante de "persona armada". - - - - -

- - - Por lo que respecta a la circunstancia accesorias, -
también agravada que pretende hacer valer la Representaci
social, en cuanto argumenta el delito de ROBO, se cometió
estando la víctima "en un transporte público", prevista en
la fracción VII del artículo 381 del Código Penal tal cir
cunstancia quedó acreditada en razón de que si bien es ci
to los sujetos hoy procesados se llevaron objetos que como
accesorios formaban parte del vehículo, tales como herra
rientas y demás objetos muebles, también se apoderaron de
dinero del ofendido, cuando dice lo despojaron de \$200,000
pesos que llevaba dentro del bolsillo izquierdo del pantal
añado a esto, existen las primarias declaraciones de los
procesados quienes remiten efectivamente haber obtenido nu
refarlo, así como informes de policía judicial y las propi
declaraciones de los policías remitentes, a ravante que se
tomara en consideración al momento de individualizar las
anciones. - - - - -

- - - VI.- Tocó ahora determinar el monto de lo robado, al
efecto contamos con un dictamen de valuación (fojas 6 f.)
de 9 nueve de agosto de 1991, mil novecientos noventa y un
lo que valua los objetos motivo del robo, sin embargo esta
expérial no adquiere valor, en virtud de que la misma no
se encuentra signada por sus autores, ni aún remite sus no

... por lo que se niega su autenticidad, lo anterior en -
conciencia a la facultad discrecional otorgada al suscrito por
el artículo 254 del Código Procesal Penal, por lo que aten-
to al principio de favorabilidad al acusado se encuadrará a
la punición en el párrafo primero del artículo 370 del Códig-
go Penal; ahora bien contamos también con un dictamen de -
contabilidad (fojas 8 f.) de fecha 9 nueve de agosto de -
1991, mil novecientos noventa y uno, y en la que por declara-
ciones del denunciante manifiesta el monto a que asciende -
la cantidad numeraria objeto del ROBO es de \$250,000.00 pe-
sos, cantidad que se tiene por acreditada, principalmente -
en base a las declaraciones del denunciante, así como de -
las pristinas declaraciones de los encausados, por lo que -
se estará a lo dispuesto por el párrafo primero del artícu-
lo 370 del Código Penal, lo que se tomara en cuenta al mo-
mento de imponer la punición correspondiente.

--- VII.- Para la imposición de las sanciones, se deberá
estar a lo dispuesto en los artículos 370 párrafo primero,
372, hipótesis de sanción, 381 primer párrafo, 51 y 52 todos
del Código Penal, por lo que tomando en cuenta la índole de
losa del ilícito perpetrado; el medio utilizado lo constituy-
ó la VIOLENCIA MORAL, utilizando unas navajas para consti-
tuir el ánimo del pesente y lograr el apoderamiento; el -
resultado obtenido se considerará de mínima entidad jurídica-
en razón de que valoró en \$200,000.00 pesos, y diversos acco-
sorios de automóvil de transporte público; el móvil del de-
lito lo constituyó la codicia o el apetito hacia los bienes
ajenos; los hechos acaecieron en fecha 5 cinco de agosto de
1991, mil novecientos noventa y uno, aproximadamente a las
10:45 horas; se trata un delito contra patrimonio; entre los
activos del delito y el pasivo el mismo no existía nexo de
conocimiento; al momento del injusto se encontraban los ac-
tivos del mismo sobrios en ausencia de prueba en contrario.
Considerando así mismo que al momento de los hechos ANTONIO
ALMEGUER VERRERA y JOSÉ ALFREDO AQUINO LEON de 28 años de
edad, casado, católico, Instrucción segundo año de media su-
perior, originario del Distrito Federal, de ocupación arte-
sano de la que obtiene \$15,000.00 pesos diariamente con la
que sostiene a dos personas, fuma cigarrillos de marca co-
mercial, no ingiere bebidas embriagantes, no ha padecido en
fermedades venéreas, contagiosas, mentales o nerviosas,
siendo su diversión favorita el football, siendo que de su
ficha signalética (fojas 55 f.) se desprenden ingresos arte-
sanos, así como de su informe rendido por la Dirección Ge-
neral de Reclusorios y Centros de Readaptación Social (fojas
4 f.) existiendo de autos además certificación de artece-
santes (fojas 74 f. y 74 v. y 75 f.): "En quince de novie-
re de 1991, mil novecientos noventa uno, se constituyó le-
almente en el Juzgado Décimo Primero Penal bajo el número-