



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**COLISION DE NORMAS EN LOS DELITOS DE
CORRUPCION DE MENORES Y LENOCINIO
AGRAVADO**

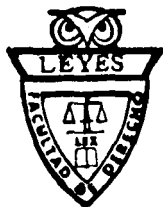
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CELESTINO GALINDO MORENO



ASESOR: DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS

MEXICO, D.F.,

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

OFICIO INTERNO FDER/045/SP/06/02
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno GALINDO MORENO CELESTINO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, la tesis profesional intitulada "COLISION DE NORMAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCION DE MENORES Y LENOCINIO AGRAVADO", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "COLISION DE NORMAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCION DE MENORES Y LENOCINIO AGRAVADO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno GALINDO MORENO CELESTINO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 18 de junio 2002

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipp.

A mi Madre

Por que me enseñó que la única manera
de ser hombre es con trabajo y
estudio, quien en tiempos difíciles
me apoyo para llegar a estos
momentos, Gracias Mamá.

A mi familia

Laurita, Aurorita y María Laura

Por que constituyen el Norte cierto
hacia el que se dirigen todos mis
esfuerzos en tiempos de alegría y
de tristeza.

A mis hermanos

Juan Carlos
Eduardo
Rosa Isela
Genoveva
Gabriela
María del Carmen
Karina
José Manuel

Quienes juntos entendimos lo difícil de la vida y estuvimos juntos cuando
mas nos necesitamos hoy y para siempre, con todo mi cariño.

A mi Abuelo

Sixto Galindo Aparicio (+)

Donde quiera que estes
se que te sentiras
orgullosos de mi.

A mis Compañeros

- Lic. Gabriel Alvarado Aguilar
- Erendira Alcántar Montoya
- Dolores Sánchez Rosales
- José Manuel Galindo Moreno

Quienes han sido partícipes del esfuerzo para culminar el presente trabajo, y siempre estuvieron dispuestos para ayudarme aun en las ocasiones mas difíciles.

Al Magisterio

Que me brindo la oportunidad de servir y aspirar a una superación en lo personal y en lo profesional,

(Gracias Maestros).

A mi asesor

Cuyo Ejemplo y disciplina me enseñaron a ser una persona capaz de culminar una tesis que me otorga una perspectiva diferente de la vida.

A mi Universidad

Lugar donde se han formado los hombres que dirigen los destinos de esta Nación esperando algún día poder imitarlos.

A la Facultad de Derecho

Que constituye el máximo ejemplo de grandeza y formación de los estudiantes de derecho

INDICE

COLISIÓN DE NORMAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES Y LENOCINIO AGRAVADO.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

LAS NORMAS PENALES Y LA MORAL PUBLICA

	PÁG.
1).- TEORIA DE LAS NORMAS PENALES	1
a).- FUENTES Y ELEMENTOS DE LA NORMA PENAL	12
b).- ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL.....	19
c).- NORMAS JURÍDICAS Y SU CONCURRENCIA	23
2).- EL DERECHO, LA MORAL PUBLICA Y LAS BUENAS COSTUMBRES.....	27
3).- CONCEPTO DE CONCURSO Y COLISIÓN DE NORMAS	42
4).- TIPOS DE CONCURSO	47
a).- CONCURSO REAL O MATERIAL	49
b).- CONCURSO IDEAL O FORMAL.....	51

CAPITULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA RESPECTO DE LOS DELITOS COMETIDOS EN CONTRA DE LA MORAL PUBLICA.

	PÁG.
1).- DERECHO ROMANO , MEDIEVAL Y MODERNO.....	54
2).- CODIGO PENAL DE 1871	75
3).- CODIGO PENAL DE 1929	84
4).- CODIGO PENAL DE 1931	89
5).- REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 1985 – 2001	95

CAPITULO III

DIVERSAS NORMAS EN LAS QUE SE PRESENTA EL CONCURSO APARENTE Y RELACION ENTRE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES Y LENOCINIO AGRAVADO.

	PÁG.
1).- UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.....	101
2).- CONCURSO Y COLISIÓN ENTRE NORMAS PARTE GENERAL.....	113
3).- CONCURSO Y COLISIÓN ENTRE NORMAS PARTE ESPECIAL	116
4).- CONCURSO APARENTE DE NORMAS ENTRE PARTE GENERAL..... Y PARTE ESPECIAL.....	121
5).- JUSTIFICACIÓN DE LA PUNICIÓN DE LOS DELITOS..... CONTRA LA MORAL PUBLICA.....	124

CAPITULO IV

CRITERIOS DE SOLUCIÓN JURÍDICA SOBRE LA COLISIÓN DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES Y LENOCINIO AGRAVADOS EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

	PÁG.
1).- LEGISLACIÓN PENAL.....	138
2).- PRINCIPIOS IN ESPECIE, RESOLUTORES DE LA COLISIÓN DE NORMAS PENALES.....	144
a).- PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD.....	147
b).- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD	150
c).- PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD	153
d).- PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN.....	156
3).- PRINCIPIOS REGULADOS EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL.....	161
4).- REFORMA AL CÓDIGO PENAL EN LA CREACIÓN DE NORMAS	
GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTO POR COLISIÓN DE NORMAS	166
CONCLUSIONES	171
PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE	174
BIBLIOGRAFÍA	177

INTRODUCCIÓN

El presente tema resulta propiamente de la discusión antagónica que en doctrina y en la propia ley ha venido suscitándose desde la elaboración de las leyes escritas que datan de manera histórica en cuanto aquellos casos en que una misma norma ejerce aplicación respecto de un hecho el cual de igual forma, otra norma en similitud de circunstancias encuentra aplicación produciéndose así un conflicto entre dichas disposiciones que trae consigo una serie de consecuencias del orden jurídico que han de ser resueltas a través de mecanismos jurídicos proporcionados en la misma ley y de la doctrina, dicho fenómeno y sus implicaciones han sido estudiadas en diferentes tiempos y épocas iniciando su estudio en Iberoamérica donde ya el ilustre maestro don Luis Jiménez de Asúa se considera como uno de los pioneros en su investigación, aunque a nivel internacional encontramos que en Alemania surgen las primeras interpretaciones en las que habría de dar una solución al conflicto de normas cuya existencia habrá que dilucidar y proponer una solución práctica en el ámbito legal y doctrinario pues debe dejarse claro la distinción existente que se origina entre las figuras referidas y contenidas en la teoría del concurso y por otro lado los conflictos de normas ya que efectivamente el concurso de delitos existe cuando una sola acción u omisión, ya sea dolosa o culposa se violan varias disposiciones legales entre sí de tal manera entonces que la colisión de normas existirá en el caso de que las disposiciones violadas sean incompatibles entre sí resultando claro entonces que para diferenciar de tal o cual concepto habrá que atender un criterio axiológico, las normas serán compatibles entre sí cuando tutelen diferentes bienes jurídicos e incompatibles entre sí cuando tutelen idéntico bien.

Una vez vislumbrado el problema en sus características y esencias resulta por demás necesario encontrar un elemento rector de criterio que ayude a definir de manera amplia y justa todos aquellos conflictos en los cuales se aprecie una colisión de normas, en tal virtud deberá entenderse a manera de concepto que este conflicto resulta cuando dos normas jurídicas diferentes regulan el mismo hecho pero que además las mismas resultan ser incompatibles entre si es entonces en este tipo de conflicto donde el presente trabajo pretende establecer sus elementos principales y de alguna manera resolver de manera sistemática tal situación, pero sabido es incluso para el que esto escribe que sería amplio y demasiado general el abordar el total del propio concepto de tal forma que se inclino por buscar de manera específica el conflicto en particular suscitado en aquellos delitos que tutela el mismo bien jurídico como lo es la MORAL DE LAS PERSONAS previsto en el Código Penal para el Distrito Federal en lo que respecta a los delitos de LENOCINIO Y CORRUPCIÓN DE MENORES, mismos que aparecen en el mismo capítulo y resultan que tutela el mismo bien jurídico, pero sobre todo que en estructura que describe la conducta resulta ser iguales de y manera particular se aprecia la colisión de normas en tales delitos.

Resulta entonces oportuno el abordar el presente trabajo en sus términos debido a que si bien es cierto existen un sin número de autores que han expuesto el tema, no menos cierto es que en su mayoría dedican breve espacio para escribir sobre el tema y aun en nuestra legislación mexicana no existe una forma metódica dentro de la misma ley que ayude a resolver el conflicto antes indicado es precisamente una de las justificaciones de por que el estudio del tema y en particular de los delitos antes señalados precisamente por que considero que es uno de los ejemplos de los muchos que existen en donde suscitan la colisión de normas.

Por otro lado se pretende en esencia de la investigación realizar un estudio generalizado de aquellos delitos que comprende la moral pública entendida esta como uno de los valores sociales que han de identificar a los seres humanos y deberá ser regulado por el derecho para la debida conformación de la sociedad en la que vivimos, aunque no es la intención degenerar la existencia de los cuerpos del delito previstos en la ley penal; sino por el contrario sugerir un principio o disposición que ayude a solucionar de manera general el conflicto en el que se encuentra para la aplicación de la ley penal, auxiliándose desde luego de toda la doctrina internacional y nacional que se ha escrito respecto al tema e incluso de todos los elementos históricos y en general de todas aquellas fuentes del derecho que permitan auxiliar para abordar el presente tema.

Ciudad Universitaria México, Distrito Federal.

CELESTINO GALINDO MORENO.

CAPITULO I

LAS NORMAS PENALES Y LA MORAL PUBLICA

1).- TEORIA DE LAS NORMAS PENALES.

En principio habrá que establecer que todo derecho parte precisamente del concepto fundamental entendido como norma, existiendo desde luego tantos y tantos criterios que pueden ser aplicativos para el propio concepto de norma, por lo que en el presente trabajo pretende establecerse de manera primaria el concepto central, sobre el cual ha de debatirse con posterioridad el conflicto resultante en la expresión de diferentes normas como se expondrá, pero para efectos de inicio, resulta correcto el establecer como concepto la palabra norma; de la cual el profesor Eduardo García Maynez, establece:

"La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; stricto sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman reglas técnicas. A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de normas."¹

En base a la anterior distinción se entiende que el concepto de norma se encuentra íntimamente ligado a los preceptos que imponen deberes y conceden derechos, entendiéndose así que el concepto de norma tiene una función bipartita que intrínsecamente se refiere al contenido obligacional y desde

¹ García Maynez Eduardo: INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, México. Ed. Porrúa, 52ª. Edición, 2001, p.4.

luego potestativo, aunque habrá que aclarar que la palabra norma desde sus raíces proviene desde luego del latín y en términos generales se define como un mandamiento, un reglamento, una orden de lo cual basados en dichas circunstancias debemos entender que la norma en si se traduce principalmente en un símbolo de orden de permanencia, es decir, que el concepto llama a requerir una exigencia de la conducta humana, la cual antes de poder otorgársele un derecho, atribución o facultad se requiere el cumplimiento de la misma como mandamiento y orden, que como se ha dicho es una función primordial de la norma, así entonces, podemos transportar el concepto a las consideraciones constitutivas de derecho que en si devienen del cumplimiento, ya que coincidiendo con el criterio del autor antes citado, las normas confieren derechos, ya que también pueden decretar, permitir, autorizar, etcétera.

Habrá que decir que resulta importante el establecer que básicamente interesa el estudio en lo que respecta a la norma tanto jurídica como moral y que desde luego en el caso de las primeras se han entendido por la doctrina como significados lógicos, cuya función consiste en regular el comportamiento humano, dirigiendo a los individuos, frente a ciertas circunstancias de tiempo y espacio, la cuales desde luego desembocan en determinadas modalidades de acción u omisión al cumplimiento de la norma, pero lo que resulta todavía mas importante es que desde la antigüedad han existido en diferentes proporciones definiciones imperativas semejantes a las de la religión y desde luego en la moral de las cuales como reflejo de acto se propuso el incluirlas de manera documentada y con sus características propias y hacer de estas normas jurídicas con sus elementos y objetivos.

Por lo que tenemos así que desde tiempos remotos las normas fueron expresiones de exigencia absoluta, dirigida a lograr que el individuo social y fundada en la naturaleza o en la razón humana o en la voluntad divina, de tal

forma que los preceptos del derecho institúan derechos de un modo genérico e indiscriminado sin expresar la condición determinante de los mismos y las consecuencias imputables a su incumplimiento, ya que durante largo tiempo existió una estrecha relación entre las leyes de la naturaleza y las leyes del derecho, pretendiendo encontrar sus inicios en los eventos históricos.

No es posible dar un concepto unívoco, desde el principio, de lo que es la norma jurídica, pues sobre este concepto, tan importante y fundamental para la ciencia jurídica, no hay acuerdo entre los diversos autores. El problema es que puede afirmarse que existe consenso en el sentido de que el objeto de estudio de la ciencia jurídica está constituido por normas; que las normas constituyen conjuntos ordenados y llevan a cabo diversas funciones, que pueden claramente especificarse, que los órdenes normativos poseen una estructura interna, que puede ponerse de manifiesto. Sin embargo, no se tiene un concepto de lo que es una norma jurídica. Los juristas ingleses y definen a la norma diciendo que es un mandato y éste es concebido como la expresión del deseo o voluntad de un individuo de que otro individuo haga o deje de hacer algo, expresión que va acompañada de la amenaza de un daño o mal para el caso de que no se satisfaga el deseo o voluntad expresado.

Hans Kelsen ha criticado esta posición doctrinal que identifica a la norma con el mandato, diciendo que aquella no puede identificarse con éste, pues existen múltiples ejemplos de normas jurídicas respecto de las cuales no puede identificarse la voluntad correspondiente que se supone ellas expresan. Además, el mandato, entendido como norma, tiene una existencia transitoria, en tanto que sólo puede concebirse como válido mientras exista la voluntad que expresa. En otros términos, si el mandato es la expresión de una voluntad, sólo puede considerarse que existe un mandato mientras pueda comprobarse la existencia de la voluntad correspondiente. Ahora bien, las normas jurídicas son válidas aunque

una voluntad en sentido psicológico no pueda determinarse como existente o, incluso en el caso en que esto pudiera hacerse, cuando la voluntad respectiva ya no existe.

La comprobación de estas afirmaciones es elemental, pues la verificación de la existencia de una voluntad psicológica, en el caso del proceso legislativo, es sumamente dudosa y una investigación empírica al respecto muy probablemente arrojaría resultados negativos. La validez de una ley no puede negarse porque el grupo de legisladores que la aprobó hayan muerto y, por tanto, no puedan tener, por razones puramente físicas, voluntad alguna que la ley expresara.

Kelsen ha tenido por lo menos dos concepciones diferentes de la norma jurídica. La primera está consignada en su Teoría general del Estado del año de 1925, con las siguientes palabras:

"El orden jurídico es un sistema de normas de Derecho. Más tarde habrá de examinarse el criterio con arreglo al cual se constituye una unidad -un orden jurídico o un Estado con una multitud de normas de Derecho. Aquí debe investigarse la naturaleza del todo, tal como se refleja en cada una de sus partes; pues cada norma jurídica, para serlo, tiene que reflejar la naturaleza del Derecho, considerado en su totalidad. Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradujese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición".²

Debe observarse el argumento de Kelsen afirma que en cada norma jurídica se refleja el concepto del derecho entendido en toda su generalidad. El derecho es concebido como un orden coactivo, es decir, un orden que regula y

² Kelsen Hans TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS, México Ed. Trillas 1ª. Edición 1994 pag. 19

prescribe el ejercicio de la coacción, dados ciertos supuestos o hechos condicionantes, determinados por el mismo derecho. La norma jurídica, como reflejo de todo el derecho, regula y prescribe el ejercicio de la coacción bajo ciertos supuestos. La norma jurídica tiene por contenido específico a la coacción, la aplicación de sanciones con el uso, si es necesario, de la fuerza física. Por ello, la considera como una "proposición" que enlaza un acto coactivo a ciertos supuestos de hecho o condición. En esta época Kelsen decía que el esquema de toda norma jurídica es el siguiente: si A es, debe ser B.

Posteriormente el mismo autor modificó su posición teórica y afirmó que lo que consideraba como el esquema de la norma jurídica (si A es, debe ser B) era en realidad el esquema de la proposición jurídica, es decir, del enunciado de la ciencia del derecho que describe a su objeto, las normas jurídicas. Traslado el esquema de la norma a la proposición jurídica o regla de derecho, como también se llama; lo hizo pasar del objeto de la ciencia jurídica a los enunciados constitutivos de esta. Ello tuvo por base la crítica, en el sentido de que no distinguía, en su doctrina, entre lenguaje y metalenguaje, es decir, entre el lenguaje empleado o usado en las normas jurídicas y el lenguaje usado para hablar o escribir sobre dichas normas. Por eso en su Teoría general del derecho y del Estado dice que es tarea de la ciencia jurídica la de presentar al derecho de una comunidad, esto es, el material producido por la autoridad legal a través del proceso legislativo, en la forma de juicios que establezcan que si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción debe aplicarse.

Estos juicios, por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar. Es preferible no dar a estos juicios el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas, las reglas del derecho que la ciencia jurídica

establece son puramente descriptivas. Es importante tener en cuenta que el término regla jurídica o regla de derecho, es empleado en sentido descriptivo, con ello se opero un cambio fundamental en la concepción kelseniana, ya que la norma no era una estructura lingüística, un juicio hipotético, claramente delimitada en cuanto a su forma y funciones. La forma lingüística de las normas jurídicas puede ser cualquiera: pueden estar expresadas en oraciones imperativas, hipotéticas o condicionales, en frases indicativas de presente o de futuro. Lo importante es destacar que las normas jurídicas tienen significado prescriptivo, no descriptivo. Este carácter prescriptivo se expresa normalmente con la palabra "deber" o bien del deber ser por lo que un individuo debe comportarse de cierta manera no implica ni que otro quiera o mande tal cosa, ni que el que debe comportarse en cierta forma realmente lo haga. La norma es la expresión de la idea de que algo debe ocurrir, especialmente la de que un individuo debe conducirse de cierto modo.

En el anterior párrafo el concepto del "deber" es el determinante del concepto de la norma, con exclusión del de mandato y del de efectividad. Este deber es la manera específica en que la conducta humana se encuentra determinada por la norma, determinación de la conducta que es distinta de cualquier otra forma o modalidad.

Este concepto del "deber" es demasiado general como para poder referirse exclusivamente a las normas jurídicas, pues toda norma, de la índole que se quiera, cae bajo este concepto. En consecuencia, Kelsen se ve en la necesidad de especificar como característica esencial de la norma jurídica la de que ella dispone la coacción como consecuencia, dados ciertos supuestos. Sin embargo, Kelsen ha sido el primero en observar sistemáticamente la pluralidad de elementos que constituyen el material jurídico, es decir, la multiplicidad de elementos que tienen que ser colocados en un sistema para constituir un orden

jurídico refiriéndose a aquellos contenidos normativos que son conceptualizados bajo los tópicos de facultad, de derecho subjetivo, de poder, etc.

Según Kelsen hace mención respecto de las normas incompletas, y que algunos autores han referido la existencia de dos tipos de normas o reglas las primarias y las secundarias. Entendiéndose por las primeras aquellas que prescriben un deber, aquellas en que se prescribe que ciertos hombres hagan u omitan ciertas acciones y por las segundas, aquellas que establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas o normas primarias o extinguir y modificar reglas anteriores o determinar el efecto de ellas y, en general controlar la creación, modificación, etcétera, de normas o reglas primarias.

Para concluir estas reflexiones, podríamos decir que el concepto de norma jurídica no es un concepto unívoco y claramente especificado. La expresión norma jurídica se refiere a todo el conjunto de materiales que constituyen el objeto de estudio y consideración de la ciencia jurídica y que quedan sistematizados dentro de la proposición o regla de derecho.

Se ha dicho que una norma es una directiva que se encuentra en cierta relación de correspondencia con ciertos hechos sociales. Esta correspondencia no es otra cosa que cierto grado de efectividad.

Podríamos recorrer las opiniones de los diversos autores y en cada uno de ellos encontraríamos un concepto diferente de la norma jurídica por lo que en tal razonamiento se puede deducir que este concepto está condicionado por el que se tenga del derecho es decir al concepto general de la palabra derecho.

Oportuno es manifestar al hablar de norma como concepto general, el establecer que existe un sistema de las mismas, el cual se encuentra basado en consideraciones de la moral, el derecho y gradualmente de la lógica, ya que esta última como regla del pensamiento traducida en norma tiene algunas

especulaciones que muy probablemente la dejan fuera del significado de norma, pero volviendo al sistema caracterizado o relativo al comportamiento entre hombres, se expresa que las normas que conforman el objeto de la ética llevan el nombre de moral y las normas que conforman el objeto de la ciencia del derecho se denominan derecho y aceptando pues que existen también normas del pensamiento, entendemos que existe desde luego un sistema de normas basado en ordenamientos que regulan en general la conducta de los individuos que en el caso de las normas del derecho se encuentra identificado con un sentido volitivo y desde luego imperativo, ya que básicamente como se ha hecho mención, la norma en su carácter general es resultado o se traduce en un mandamiento que como orden habrá de seguirse; y es desde luego imperativo, porque indica una prescripción o mandato cuya finalidad indica que otro u otros se deban comportar de una determinada forma, por lo tanto esta parte indica desde luego que la norma del derecho tiene un sentido indicado como acto volitivo, resultando que en este caso es entonces cuando se presenta la bilateralidad de la norma y desde luego del derecho, puesto que es aquí donde posterior al mandamiento concede desde luego derechos y atribuciones, ya incluso muchos autores han establecido una distinción que se puede resumir en el hecho de que las normas del derecho son precisamente normas imperativo atributivas, mientras que en el caso de las normas de la moral estas desde luego se distinguen por la unilateralidad en su cumplimiento y por devenir del objeto que persigue la ética.

Importante es también referir que las normas en su concepto general tienen trascendencia, porque en el sistema de normas tienen como origen en su intervención el derecho natural, ya que existen desde luego normas que se hacen valer directamente y que son inmanentes a la propia naturaleza y que su validez se encuentra precisamente relacionada con el nacimiento de la propia ley, es decir, en otras palabras que las normas desde luego surgen bajo la concepción del derecho

natural y en este caso las normas no se ven condicionadas o establecidas por la voluntad de los sujetos, es decir, en este caso adolece del efecto volitivo y tan inminente que no existe ninguna deliberación o discusión, precisamente a esta teoría es conocida doctrinariamente como la teoría del derecho natural, el cual al nivel de ley natural, se debe también distinguir que entre el propio derecho natural y el derecho imbuido por las normas, existen elementos que las hacen distintas, ya que el fin que buscan las normas de carácter jurídico, es el provocar un comportamiento, mientras que las leyes naturales tienen un fin de explicar el fenómeno de la naturaleza y desde luego aceptarlo como válido a la luz de las propias leyes de la naturaleza y dejar claro que las normas de derecho natural son precisamente nacidas de la simpleza o complejidad del ser humano de ahí que entonces en el sistema de normas tenga gran relevancia como punto de partida el propio derecho natural, ya es conocido que algunos autores manejan que en esas leyes naturales, se encuentra manifestada la voluntad de dios e incluso algunos autores revelan que quien reconoce al derecho natural y con ello las propias normas de este derecho, entienden que existe una condición metafísica en tales circunstancias, pero que desde luego forman parte del derecho natural y que este a su vez se encuentra también condensado en el conjunto de sistema de normas que regula la vida y conducta de los individuos en todos sus aspectos, incluyendo situaciones tan subjetivas como tal vez lo serían las emociones, los sentimientos, etc., de ahí entonces que tenga gran relevancia el estudiar los diferentes conceptos y clasificaciones que de las normas han resultado, toda vez que como parte de un sistema permiten dar una explicación de cuando surgen tan variados criterios y clasificaciones.

En lo que se refiere a las clasificaciones de las normas, es importante hacer una distinción de las características y diferencias que implican las normas de la moral y las normas del derecho, aceptándose la clasificación que al efecto

establece el Profesor Emerito de la Universidad Nacional Autónoma de México, Eduardo García Maynez, quien deja claro que la diferencia esencial entre normas morales y preceptos jurídicos, estriban como ya se ha dicho que las primeras son unilaterales y las segundas bilaterales, refiriéndose a que en el caso de las primeras no existe una persona autorizada para exigir el cumplimiento de dicha norma, mientras que la bilateralidad implica que imponen a su vez en el cumplimiento derechos que corresponden a la propia obligación y en este caso siempre existe una persona facultada para reclamar el estricto cumplimiento, aunque debe también admitirse que existen otros autores que distinguen en términos generales el hecho de que la norma jurídica tiene el carácter de imperativo atributivo y la moral únicamente es imperativa, lo cual se estima que en el campo de lo sentimental o emocional sí existe un elemento regulador que de alguna manera puede satisfacer el concepto atributivo en el cumplimiento de la norma moral, puesto que sí puede la misma persona al mismo tiempo cumplir con el imperativo de la norma y al mismo tiempo una vez cumplido autoatribuirse el derecho de considerarse una persona distinta, lo cual pudiera diferir en la consideración práctica de los autores, al respecto Hans Kelsen, refiere que existen sanciones de la moral y el derecho como garantías de la efectividad de estos ordenamientos normativos, refiriendo que la regulación de las normas requieren de esta necesidad normativa, explicando lo siguiente:

Esta necesidad normativa se da en la relación entre una condición y una consecuencia se encuentra también en el enlace producido por parte de la norma legal general, la cual prescribe una así llamada sanción para el caso de un determinado comportamiento calificado así como ilegal, es decir, un acto punitivo como consecuencia de la ilegalidad.³

³ Kelsen Hans, *TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS*, op. Ct., p. 20

La anterior consideración desde luego no ofrece ninguna dificultad para comprender en el ámbito del derecho que efectivamente existen circunstancias que sancionan el incumplimiento de la norma jurídica y que desde luego esto desprende la necesidad de su existencia, ya que como oportunamente lo establece el autor, es una necesidad normativa de tal manera que viene a redundar con lo ya establecido, resultando de manera interesante la consideración en el sentido de que la norma moral se encuentra sancionada en términos generales, ya que el propio ordenamiento moral y en su caso su comportamiento contrario produce una reacción determinada y no sólo como se ha sostenido por parte del suscrito en cuanto a los caracteres emocionales y sentimentales, sino también en lo que se refiere a los actos de desaprobación cuando se incumple con la norma moral, estos desde luego se refieren a la censura o manifestaciones de desprecio y que de alguna forma si no objetiva de manera subjetiva se encuentran como reacciones del comportamiento, aunque en este caso se debe tener cuidado para distinguir las normas morales de los convencionalismos sociales, puesto que resulta difícil el encontrar en donde concluyen uno y donde inicia el otro.

Al respecto diferentes autores no han podido establecer su ubicación sistemática, ya dentro del sistema de normas o bien dentro de la propia filosofía del derecho, tan es así que incluso el mismo García Maynez, refiere

Que los convencionalismos sociales se distinguen por tratarse de principios de urbanidad, cortesía y exigencias de la moda, lo cual para efectos de diferencia, resulta procedente pues en general se comparte que los convencionalismos sociales son exigencias de una vida colectiva y de igual forma tan variantes de una sociedad a otra, como el Código de Ética y Conducta puede variar ⁴

⁴ García Maynez Eduardo, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, op. Cit. pag. 8

De tal manera que ante tal situación debe aceptarse una diferencia técnica que el ilustre maestro Luis Recasens Siches, sostiene incluyendo en su obra de sociología jurídica, considerando que las reglas convencionales, no deben ser distinguidas únicamente del derecho si no también de la moral, ya que cuando se asemejan a las normas del Código de Ética no se identifican con ellas, distinguiendo que en el caso de los convencionalismos sociales carecen de organizaciones coactivas y sus sanciones no tienden al cumplimiento de la norma infringida, puesto que basta con que el sujeto se ubique en circunstancias distintas para que la exigencia llegue a cesar, siendo que en el caso de la moral el sujeto se encuentra obligado en su propia individualidad y su propia mentalidad le exigen el cumplimiento de una conducta que a la vez como se ha sostenido se encuentra retribuida con la misma satisfacción que de manera autoatributiva genera el sentimiento y emoción del individuo.

Importante también es manifestar la distinción correcta que a su vez ocurre con la distinción entre norma jurídica y convencionalismo social, atendiendo a que la primera se trata de una norma de carácter bilateral y la segunda desde luego es unilateral y aun cuando derecho y convencionalismo coinciden en su exterioridad, siempre será posible distinguirlos en función de la unilateralidad y bilateralidad respectiva.

a).- FUENTES Y ELEMENTOS DE LA NORMA PENAL.

En la literatura jurídica con la expresión fuente del derecho se alude al origen de las normas jurídicas, a su formación histórica y a su fundamento de validez.

En un sentido más técnico la expresión designa los eventos hechos o actos cuya realización es condición para que surja una norma en un determinado orden jurídico. En otros términos el concepto de fuentes del derecho son los hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.

Desde el momento que se reconoce que existen ciertos hechos o actos de los que depende la creación modificación, sustitución de normas jurídicas, se reconoce también que el derecho es un sistema normativo que regula su propia creación. Esto es, además de normas de obligación, en un orden jurídico existen normas de competencia, normas que confieren facultades para cambiar la situación jurídica existente.

Fuente de derecho expresa así el conjunto de hechos reconocidos como apropiados para crear modificar, sustituir, derogar normas de un orden jurídico. Una norma es creada cuando es establecida por el procedimiento previsto y por la instancia social reconocida como creadora de derecho. Toda norma jurídica tiene una fuente. No existe norma sin una autoridad que la instituya. De lo anterior se puede concluir que fuentes del derecho son los hechos en virtud de los cuales una norma jurídica es válida y su contenido identificado. Así entendidas, fuentes del derecho, son siempre algo más que un acto aislado ; son más bien una variedad de actos de diverso tipo.

La doctrina de las fuentes es parte esencial de una teoría del orden jurídico, constituye una respuesta al problema de identidad y existencia de un orden jurídico. Cualquier teoría jurídica apropiada debe incluir una solución a la identificación del contenido como a la existencia del derecho.

Dos son pues los problemas más relevantes de los que da cuenta la doctrina de las fuentes: el proceso de formación del orden jurídico o parte de él y

el fundamento de validez de sus normas. Normalmente se suele contraponer a fuentes formales las fuentes materiales o reales y las fuentes históricas. Por fuentes formales generalmente se entiende los procesos de creación de normas jurídicas. Con fuentes materiales o reales se alude a todos los hechos sociales que dieron origen a dichas normas.

Con fuentes históricas los juristas se refieren a la evidencia histórica (historiográfica, tradición oral) que permite el conocimiento del derecho o bien se aplica a los actos o eventos pasados que dieron origen a las normas y principios jurídicos existentes. En el sentido de fuentes documentales se usa de dos maneras. Primeramente, para señalar los textos que contienen las disposiciones jurídicas, las fuentes donde uno encuentra el derecho aplicable. En el segundo de los casos se usa como fuente literaria" refiriéndose a toda la información sobre el derecho enciclopedias, tratados, periódicos que nos ayuda a determinarlo y entenderlo. Su importancia es fundamentalmente histórica; sin embargo, en no pocas ocasiones puede ser decisivo para dilucidar una cuestión jurídica concreta.

Sobre los diferentes sentidos de fuentes del derecho debe dejarse claro que, siguiendo un apropiado deslinde metodológico, todos estos usos de fuente son importantes en cuanto al conocimiento de un derecho específico. Toda disposición jurídica tiene un origen histórico material, un fundamento ideológico lato sensu y una fuente formal el complejo de actos y fuentes que determinan la validez y contenido de una norma jurídica. El jurista dogmático civilista, penalista, internacionalista, etc. se ocupa de las fuentes del derecho; pero, ciertamente, no se ocupa de las fuentes en tanto historiografía jurídica. Por fuentes formales se entiende los actos de ciertas instancias por los cuales determinadas disposiciones instrucciones, órdenes, permisiones adquieren el carácter de derecho, objetivamente especificadas y exigibles.

Normalmente se , usa fuentes formales en un sentido técnico y se refiere a los actos que en razón de su reconocida autoridad, confieren fuerza y validez jurídica a las normas por ellos establecidas.

Dentro de las fuentes formales generalmente refiriéndose más bien a su resultado se incluye a la ley , a las diferentes formas de producción legislativa, parlamentaria, reglamentaria a la costumbre incluyendo las convenciones de la profesión jurídica, a la jurisprudencia , a las resoluciones judiciales y, donde se admite la doctrina del stare decisis, las rationes decidendi o tesis que fundamentan tales resoluciones, la doctrina, opinio iuris puntos de vista de los autores de reconocida autoridad, la cual incluye las nociones de la tradición jurídica a la que el sistema jurídico en cuestión pertenece.

En diferentes momentos de la historia los sistemas jurídicos han conocido la preponderancia de una u otra fuente conocidas como formales. En muchos sistemas jurídicos el derecho consuetudinario fue preponderante. Han existido órdenes jurídicos donde la doctrina tuvo importancia decisiva en la evolución del derecho, principalmente como Roma y Alemania.

Los órdenes jurídicos modernos se caracterizan por tener una pluralidad de fuentes. La constitución en sentido material, escrita o no escrita, las disposiciones constitucionales en sentido formal, leyes reglamentarias o leyes constitucionales, leyes ordinarias, tratados internacionales, prácticas y decisiones judiciales, decretos-ley, decretos y reglamentos, prácticas gubernamentales, contratos-ley, contratos colectivos, usos y costumbres, etc. De ahí que se requiera de criterios ordenadores para evitar conflictos, conflictos de tal manera que ante breve razonamiento adquiere fundamental importancia el tema sobre el cual se escribe sobre todo por que ante tal cúmulo de ordenamientos habría que entender que en algún momento de aplicación podrían COLISIONarse independientemente de los principios de espacialidad de la ley reforzando la idea

que a lo largo de los años en cuestión de práctica se ha tratado de buscar soluciones existiendo diversos principios tendientes a la solución tales como: el temporal (*lex posterior derogat priori*); el de especialidad (*lex specialis derogat generalis, generalia specialibus non derogat*); el de jerarquía *lex superior derogat inferior*; de competencia (*ultra vires leges non tenentur*), etcétera.

Cabe insistir, como se desprende de lo anteriormente dicho, que estas "fuentes formales" generalmente se combinan para crear una norma jurídica, así, para que una ejecución sobre el patrimonio de una persona sea ordenada se requiere de disposiciones constitucionales (materiales y formales), leyes ordinarias (sustantivas y procesales), actos de particulares (contratos, hechos ilícitos), resoluciones judiciales, etc. Los diferentes elementos de una norma [jurídica] pueden quedar contenidos en muy diversos productos del proceso jurídico de creación y expresarse de maneras muy diversas H. Kelsen.

En sentido riguroso fuentes del derecho alude a los actos que crean normas completas del tipo que sean. Por norma entendemos todo el material jurídico que sin exceso ni deficiencia constituye una razón jurídica un deber; una permisión para actuar.

Sin embargo, no puede establecerse a priori cuales fuentes formales se admiten en un orden jurídico particular. Esto depende de lo que determinen los criterios de reconocimiento con base en los cuales se establece la forma de creación del orden jurídico.

Existe la tendencia de distinguir dos tipos de fuentes según sean actos creadores del derecho propiamente y actos por los cuales se declara incorpora o confirma el derecho. Un ejemplo del primer tipo podrían ser los actos de un congreso o parlamento. El segundo caso podría ser una decisión judicial que incorpora o reconoce usos o costumbres. También suelen distinguirse dos modalidades genéricas de creación: la deliberada y la espontánea. La creación

deliberada es aquella realizada por actos específicos de las instancias creadoras de derecho, procesos legislativos. La forma espontánea no deliberada es la costumbre.

Los actos o procedimientos de creación de normas se encuentran ordenados de forma, más que jerárquica escalonada. Los materiales jurídicos leyes, testamentos, tratados, constitución, sentencias, costumbres, así como los actos que los crean y aplican sus fuentes no son independientes los unos de los otros. Estos se encuentran de tal forma relacionados que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos creadores y aplicadores se produzcan en un cierto orden que va de los actos jurídicos condicionante, acto legislativo a los actos jurídicos condicionados contratos, testamentos, conexión sin la cual no es posible la Creación escalonada del derecho.

Entendido que fuere las excepciones que corresponde a la norma debe entonces procederse al estudio de la fuente de la cual emana el conjunto de normas traducidos en el ordenamiento jurídico que constituye desde luego el derecho de tal forma que conocido es la distinción adoptada por la doctrina, respecto de las fuentes formales, reales e históricas entendiéndose por la fuente formal los procesos de creación de las normas jurídicas, es decir, desde luego la ley fundamentalmente, fuentes reales se denominan a aquellos factores y elementos que determinan el contenido de la norma legal y por último las fuentes históricas que se refieren a todos aquellos documentos, inscripciones e instituciones de carácter histórico; de tal forma que ya en espede se distingue que en unión de las fuentes del derecho confluyen en la aplicación del ordenamiento jurídico en general, siendo oportuno referir en lo respectivo a las fuentes reales como parte fundamental del orden el hecho de que esta fuente se encuentra integrada por la Legislación desde luego vigente, a costumbre y la jurisprudencia,

partes que integran el proceso legislativo en todas y cada una de sus etapas, hasta llegar a su publicación para efectos de la vigencia.

Conocida es la distinción que de manera sistemática resulta entre el derecho público y el derecho privado, afirmándose como una diferenciación válida a pesar de múltiples criterios y teorías que al respecto existen de las cuales no tiene sentido abordar, puesto que no es el objeto del presente trabajo y sí para efectos prácticos, resulta procedente el estudio en tal situación debe decirse que implícitamente se reconoce al derecho penal como parte del derecho público.

Es pues entonces por ello que el derecho penal forma parte del derecho público y efectivamente existen variadas definiciones en su concepto de integración, de las cuales dentro de las más aceptadas existe la de Cuello Calón.

Conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad.⁵

Del anterior concepto se puede plenamente establecer que esta definición es una de las más aceptadas, puesto que precisamente se da el nombre de delitos a las acciones antijurídicas que están prohibidas por la ley y que la comisión hace responsable al delincuente y tiene como consecuencia determinadas sanciones conocidas como penas, siendo que la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos se consagra la premisa considerada que ante la ausencia de ley no existe el delito a contrario sensu, se sobreentiende que únicamente existiera delito en aquellos casos en que la ley considere típica la conducta del individuo a la ley, de tal forma que la mayoría de los autores partiendo de la norma y como consecuencia la creación de la norma penal tipificada en un ordenamiento encuentra categorías fundamentales de control social que desde luego resultan

⁵ Cuello Calón Eugenio, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Barcelona España, Ed. Bosch 12ª. Ed. Pag. 63

básicas para la normal convivencia entre los individuos en la sociedad, así pues en lo respectivo al carácter público el derecho penal es indiscutible, ya que en definitiva no viene a ser sin el desarrollo lógico-jurídico de una atribución del estado, ejerciendo a través de tres funciones básicas, legislativa, jurisdiccional y administrativa, resultando que en el caso de la primera se formula y se denomina derecho penal material conocido también como sustantivo, que es precisamente la parte que ocupa al presente estudio, derecho penal formal, conocido también como adjetivo y por último el derecho penal ejecutivo que ha recibido el nombre de derecho penitenciario, es por tanto que resulta importante entender que a través de esta tríada la actividad del estado se diversifica en cuanto al destino de la norma y en cuanto a la aplicación al caso concreto, distinguiéndose como mera referencia que la imposición de la sanción establecida en la ley penal, se realiza mediante actos formales, materialmente jurisdiccionales y administrativos, refiriéndose precisamente a la función que practica se realiza por parte del derecho penal.

B).- ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL

De acuerdo a la mayoría de los autores la norma penal se integra con dos elementos siendo estos el precepto y la sanción el precepto recibe el nombre de precepto primario y la sanción se le ha denominado como precepto secundario y como resultado se sobreentiende que el precepto es un hecho condicionante y la sanción una consecuencia condicionada de tal forma que tiene actualización el binomio delito pena, en el primer aspecto resulta la integración presupuestos en el propio precepto es decir en la descripción de la conducta calificada como delito se encuentra el imperativo de acción y de omisión el cual implica una orden de hacer o no hacer que en tal forma si el sujeto omite hacer lo que se le ordena o bien hace lo que se le prohíbe comete un delito ya sea de

omisión o de acción sirve pues el criterio sustentado al respecto por Don Fernando Arilla Bas :

La norma penal se formula de manera elíptica, la elipsis consiste, como es sabido de una figura de construcción que omite la oración gramatical una o varias palabras o frases que no son necesarias para comprender el sentido. Si el Código Penal describe y sanciona el homicidio, la violación, y el robo quiere decir que prohíbe matar, violar y robar no es necesario que formule la prohibición expresa que va incita en la sanción.⁶

Resulta entonces cierto y obvio que la norma penal constituye un imperativo máximo en especie capaz de regular la conducta de los individuos valiéndose para ellos el instrumento sancionador y represivo para el estado de tal manera que la norma penal contenida y codificada es resultado de la intención de protección del estado para los gobernados, aunque con posterioridad también se abordara en concreto hacia quienes esta dirigida la norma penal, pero habrá que referirse entonces una vez ya establecida la estructura de la norma penal que en su conjunto se ha entendido como instrumentos que sancionan directamente con pena o se vinculan con dicho elemento sancionador ya Silvio Ranieri y otros autores han establecido que existen normas sancionadoras y porque desde luego están identificadas con la pena y también normas que se denominan penales por que limitan precisan e integran las referidas con anterioridad, pero que indefectiblemente se encuentran relacionada entre si y se ha denominado a estas segundas como orientadoras siguiendo con una clasificación como la que a continuación se describe:

⁶ Arilla Bas Fernando DERECHO PENAL PARTE GENERAL, México, Ed. Porrúa, primera edición, 2001, p.180.

<u>NORMA</u>	<u>CARACTERÍSTICA.</u>
EXPLICATIVAS	Por que explican el significado que debe darse a ciertas palabras particularmente técnicas empleadas por La ley y que dan definiciones.
EXTENSIVAS	Amplían o limitan el alcance de otras normas.
REMISION	Por que se refieren o se remiten a otras normas.
COMPETENCIA	Por que indican cual es la norma que ha de aplicarse en caso de conflicto.
INTERPRETATIVAS	Pues en ellas se interpreta el significado de otras normas o señalan el criterio para su interpretación.
DE APLICACIÓN	Por que coordinan la nueva ley con las leyes preexistentes o atenúan los inconvenientes que podrían surgir de la aplicación inmediata de la nueva ley.

De la anterior clasificación se puede entender que las normas penales tienen desde luego una distinción, porque con ello se exige un cumplimiento mas certero de la misma y sobre todo auxilia tanto en su aplicación como en el conocimiento, puesto que de no ser así y de entenderse a la norma penal como única categoría genérica, se estaría en presencia de una circunstancia negativa, tan es así que ha quedado claro para la mayor parte de la doctrina que es auxiliar la distinción y clasificación de normas como ya se dijo para los efectos de la aplicación. Así también existen otros autores que distinguen diversas

clasificaciones de normas tales como normas incriminadoras, normas excluyentes de la incriminación refiriendo que las primeras se tratan de las normas penales por excelencia que se encuentran previstas de precepto y sanción como inicialmente se señaló al principio del presente apartado, mientras que las segundas resultan de las hipótesis en las que se describen conductas que quitan el carácter de delito a un hecho descrito desde luego por una norma incriminadora y por ultimo las normas integradoras que en esencia contribuyen a la precisa integración de ambas partes, pero en suma las clasificaciones de la norma penal obedecen a una sistematización objeto y finalidad de la correcta aplicación de la ley penal, puesto que se infiere claramente que no todas las disposiciones que están comprendidas en el ordenamiento jurídico penal se encuentran en este mismo plano ya sea por la diversidad de su contenido o ya sea también por la relación de proximidad entre ellas, queriéndose prevenir y explicar el hecho de proceder a la construcción de un sistema penal en el cual se encuentren la precisión para ubicar y posicionar a las diversas normas con la finalidad objetiva de influir sobre su correcta aplicación, ya que esta determinación permite establecer si concurren o se excluyen mutuamente con lo cual en el presente trabajo se pretende dejar claro en principio los elementos y estructura de la norma penal con la finalidad de que en lo posterior se clarifique y se construya el criterio que ha de sustentar el principio proyectado en esta investigación, sirve entonces de criterio lo que al efecto establece Ranieri y que a continuación se transcribe:

Las normas penales con referencia a su contenido puede decirse que las diferentes normas se encuentran dentro del ordenamiento jurídico-penal o en relación de independencia, caso en el cual todas son aplicables o en relación de coordinación en cuanto una norma es integradora de otra, en cuyo caso la norma que se ha de aplicar es una sola, o en relación de superordinación

o de subordinación, de suerte que, aunque aparentemente todas sean aplicables, sin embargo la aplicación de la una excluye la aplicabilidad de la otra o la aplicación de esta es posible en cuanto aquella no es aplicable.⁷

C).- NORMAS JURÍDICAS Y SU CONCURRENCIA.

Adolfo Merkel, fue uno de los primeros autores sino es que el primero en estudiar y denominar al concurso de leyes como el conflicto surgido entre diferentes normas, basado en la incompatibilidad de dichas normas, resultando y admitiendo que la colisión de normas entre si es claro y sabido que no es un problema exclusivo del derecho penal, el cual en el caso que nos ocupa puede hallarse en el conflicto relacionado por diferentes normas que se excluyen entre si y de las cuales habrá que elegir una mediante la utilización de reglas técnicas a este problema que ha sido abordado por muchísimos autores, ha tenido diferentes connotaciones como denominaciones y desde luego pretendidas soluciones, pero habrá que ver que normalmente dicho evento tiene tantas denominaciones que incluso llega a perderse la naturaleza de su esencia, sobre todo porque la mayoría de los autores indica que se trata de un concurso de leyes y el cual ha de resolverse bajo los principios y normas que en materia de concurso representa el problema.

El problema de la aplicación de la ley penal esta relacionado con la concurrencia de las normas jurídicas que en caso estricto del ámbito penal que culmina con la sentencia únicamente se reduce a la determinación de la norma que rige el hecho basado en el criterio del juzgador que con la investigación habrá de encontrar según su aplicación, pero el problema en si va mas allá, pero lo que fundamentalmente debe prevalecer es la ubicación sistemática y correcta del

⁷ Ranieri Silvio MANUAL DE DERECHO PENAL, Colombia, Ed. TEMIS, 5ª., 1975, p. 36.

conflicto, el cual permitirá establecer soluciones y criterios como aplicación correcta de la ley penal, resultando que en cuanto a su identificación del problema Antolisei ha establecido:

"A este propósito hay que tener presente que en el ordenamiento jurídico penal como, por los demás, también en los otros ordenamientos jurídicos, no siempre las disposiciones que coexisten, esto es, que están en vigor a un mismo tiempo y en un mismo lugar, puestas en relación con las figuras delictivas concretas, concurren a regularlas y son todas aplicables: En ciertos casos la aplicabilidad de algunas de ellas excluye la aplicabilidad de otras. Cuando así ocurre se da el fenómeno jurídico que se designa con el nombre de concurso o conflicto aparente de normas también denominado "concurso ficticio de leyes" el cual se da precisamente cuando dos o mas disposiciones coexistentes parecen adaptarse a un mismo caso, pero solo una de ellas le es aplicable. El caso concreto en esa hipótesis, es conforme a varias figuras delictiva abstractas: Es decir, que entran distintas normas pero sólo una de ellas le es aplicable."⁶

Es menester el referir que en cuanto al criterio observado por Antolisei, se difiere con reservas porque al establecer los límites y adecuación del problema, se reduce básicamente a la apariencia de dicho conflicto el cual con sencillez se excluye cuando de la propia lectura del precepto legal en cuestión se derivan formulas para subsanar tal cuestionamiento ha dicha circunstancia considera quien esto escribe que se minimiza el problema y se simplifica la solución, puesto que el verdadero y real conflicto va mas allá incluso de los alcances legales, lo cual se abordara con precisión en posterior apartado, resultando que lo mas importante es establecer el porque las normas jurídicas concurren entre si, en el caso concreto y en lo referente a la doctrina nacional

⁶ Antolisei Francisco **MANUAL DE DERECHO PENAL**, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 8ª edición, 1988, p. 103.

Francisco Pavón Vasconcelos, identifica dos hipótesis con la finalidad de establecer el concurso aparente de normas:

"a) Concurrencia de normas compatibles.- La cual se origina en el concurso de delitos que puede dar base a la acumulación de penas.

b) La concurrencia de normas incompatibles.- En la que el juez mediante la aplicación del principio de elección, resuelve el conflicto a favor de una de ellas con exclusión de todas las demás."⁹

Dichas hipótesis si bien citadas por el ilustre jurista el mismo hace crítica de manera correcta y oportuna refiriendo que es claro y preciso que en cuanto al inciso b) se observa que la función del juzgador es complicada, puesto que primeramente habrá que vislumbrar la comprobación de cuando dos normas coexisten y se adoptan, basándose en sí en el propio criterio de Antolisei, el cual se ha referido ya, en el caso de Zaffaroni, ha identificado y denominado a la concurrencia de normas jurídicas como concurso aparente de tipos los cuales dado su estudio resuelve que a estos casos se han denominado concurso aparente de tipos o concurso aparente de leyes, en cuyo caso distingue el término concurso de leyes el cual señala que se trata de una expresión equivocada, negando la existencia de concurrencia de leyes descartando completamente el término de colisión de normas penales en el cual se desprende que por obvia razón niega la existencia de la hipótesis referida y desde luego su solución, pero habrá que decir que si bien es cierto que pueden existir soluciones prácticas, no legales y muy alejadas a los principios generales del derecho penal sobre todo por que es importante el traer a mención correctas opiniones que otros juristas ha expresado al respecto pero aun mas debe notarse que en su mayoría los autores manejan de manera simplista el concepto y aun mas negando la existencia del mismo tan

⁹ Pavón Vasconcelos Francisco, CONCURSO APARENTE DE NORMAS, México, Ed. Porrúa, 5ª. Edición, 1988, p. 32.

es así que incluso en la mayor parte de sus obras de derecho penal en la parte general dedican breve espacio para tratar tan importante como lo es de manera evidente para la forma de ver de quien esto escribe.

De importancia es el hacer notar que en lo respectivo al conflicto de normas autores como Gustavo Malo Camacho aceptan de manera tácita su existencia y deciden proponerse por la parte doctrinaria que desmerece el nombre que ha de recibir el tema, pues refiere que se trata de lo menos importante aunque desde luego observa la existencia del problema haciendo referencia que con frecuencia existen diversas normas las cuales son susceptibles de aplicarse una y otra para la regulación del hecho delictivo sobreponiendo cual de ellas es la que debería aplicarse de manera tal que entonces queda claro la existencia del problema, pero debe resaltarse que en todo caso deja muy claro el precitado autor que la concurrencia de las normas es un efecto jurídico capaz de presentarse en todo el ordenamiento jurídico penal tratándose no sólo de la parte especial sino de la parte general y normas contenidas en la ley penal y en las leyes penales especiales de tal forma que la parte rescatable en lo considerable es el poder atisbar el problema en sí de manera objetiva y aunque de ciertas consideraciones en esencia se colige su ubicación. De tal manera que sirve para efectos de identificación respectiva superando la inconsistencia del conflicto de manera sencilla es decir para efectos prácticos se debe comprender que en principio el juzgador debe observar y analizar si de los hechos estudiados se encuentra reunidos los extremos para declarar la existencia de un concurso ideal o formal o bien real o material y en su caso la acumulación de penas como consecuencia o bien en su caso tener los alcances para la aplicación de una sola norma inculpativa excluyendo a las otras por incompatibles por tanto es en esta última parte donde debe entenderse la existencia del conflicto que en realidad en su debido término así lo constituye.

2.- EL DERECHO, LA MORAL PUBLICA Y LAS BUENAS COSTUMBRES

En principio habrá que definir la palabra derecho y precisamente Kant estableció una definición de su concepto de derecho., en efecto, "pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas de formas tan diversas, extrañas e incluso, paradójicas, como la cuestión del derecho. Tal interrogante ha generado innumerables respuestas se ha hablado de la naturaleza, de la esencia, del derecho produciendo arsenales de distintas y, en ocasiones, contradictorias naturalezas, esencias, fines y características.

Las dificultades que enfrentan los juristas y otros científicos sociales para definir derecho se debe, las más de las veces, a su adhesión a ciertas concepciones teóricas o ideológicas (en las que el derecho juega un papel importante) que hace que no se tenga una idea precisa de los presupuestos que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión como derecho. Existen autores que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto de derecho y se sumergen en grandes meditaciones sobre su esencia, sin prestar atención al uso ordinario ni al dogmático de la expresión e ignorando la estipulación de un significado que sea teóricamente fecundo.

En este espacio no se pretende introducir una definición más apropiada, más correcta de derecho, sino informar sobre sus usos persistentes en la literatura jurídica, con el propósito de saber a qué se refieren los autores cuando usan dicho término o expresiones que lo contienen Metodológicamente, la determinación del concepto de derecho es, sobre todo, un problema de análisis del lenguaje. En lo que al examen empírico se refiere, el problema consiste en determinar las condiciones que sin ser necesarias ni suficientes nos permiten referirnos a ciertas cosas u objetos con el término derecho.

Consecuentemente, en vez de proporcionar una definición que determine lo que es el derecho, me propongo relacionar una serie de características definitorias que los juristas, desde diferentes enfoques, adscriben al objeto derecho. La exposición constituye, así, un análisis de derecho y términos equivalentes y de las expresiones que lo contienen, atendiendo no a su correspondencia con una esencia o naturaleza, sino a su coherencia y utilidad en las operaciones cognitivas que desarrollamos y comunicamos.

No es pues sorprendente que el mismo Kelsen considere que cualquier intento por definir un concepto derecho tenga que tomar como punto de partida el uso común de la palabra. La explicación del término derecho no puede ser restrictiva. La determinación del alcance de la expresión derecho constituye la delimitación de un sector de la experiencia que debe corresponder el objeto descrito por la ciencia jurídica dogmática y su historia. Para este propósito no existe procedimiento más apropiado que la exposición de las caracterizaciones que, siendo lógicamente consistentes, no se desvían del uso del lenguaje ordinario como técnico. Cierto es que si las características consideradas son insuficientes, entonces derecho podría aplicarse indiscriminadamente a todo, privando a la ciencia jurídica dogmática y a su historia de objeto y sustantividad. Si, por lo contrario, las características atribuidas son exageradas por razones metodológicas o concepciones ideológicas podría excluirse un buen número de cuestiones que han sido consideradas, desde siempre, parte de la experiencia jurídica.

Se puede decir que la necesidad de proporcionar una definición del derecho proviene de la urgencia en clarificar el más fundamental de todos los conceptos jurídicos, el del derecho mismo. Este argumento, sin embargo es frecuentemente mal entendido. Sin embargo, una clara concepción del derecho y sus funciones permite entender y comprender el alcance de los argumentos jurídicos, los cuales son de enorme significado práctico. De hecho, la gran mayoría

de cuestiones jurídicas presupone una referencia al concepto del derecho y a la forma como éste opera.

Por otro lado, el problema es metodológicamente importante la determinación del concepto del derecho delimita el campo de la ciencia del derecho todo acto debe ser ritualmente realizado y con el objeto adecuado. El problema de la teoría jurídica consiste en encontrar y describir los elementos característicos del objeto llamado "derecho" el descrito por la dogmática jurídica y su historia. Algunos autores sostienen que abordar el derecho en general en su primer significado se en extremo problemático, en virtud de que el término "derecho" no tiene límites claros de aplicabilidad. De ahí que este problema deba abordarse describiendo, más bien, fenómenos jurídicos individuales , normas jurídicas.

Esta estrategia, además de presentar problemas tan complejos como los que presenta el enfoque alternativo, no puede prescindir de una noción aún fuera intuitiva y provisional del derecho y de la forma como este opera. Así, se ha insistido en que un claro entendimiento del derecho y sus componentes depende de una clara comprensión del orden jurídico y de su funcionamiento, es imposible penetrar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada H. Kelsen. Incluso se sostiene que una adecuada descripción del orden jurídico constituye un prerequisite para una apropiada definición de norma jurídica.

La idea de que el derecho sea o constituya un orden, presupone la concepción de que es un conjunto de normas o disposiciones creadas por ciertas instancias apropiadas, reconocidas como las instancias creadoras del derecho y que son, por lo general eficaces, esto es, que son, mayormente seguidas u obedecidas.

El orden jurídico se presenta con una triple pretensión es comprensivo, es supremo y exclusivo y, por último, es un sistema abierto. El orden jurídico es comprensivo porque pretende autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. Los órdenes jurídicos son diferentes a cualquier otro orden, social en que no reconocen ninguna limitación a las esferas que pretenden regular. El orden jurídico es supremo en el sentido de que, por un lado, la fuente de validez de sus normas o disposiciones no proviene ni deriva de ningún otro sistema social; por otro lado, es exclusivo porque ahí donde vale un orden jurídico no puede valer ningún otro. Por último, el orden jurídico es abierto, en el sentido de que posee instancias apropiadas para convertir en disposiciones jurídicamente obligatorias normas que no son parte del orden jurídico.

Otros rasgos que de forma indisputable se atribuyen a este orden o sistema social son: normativo, institucionalizado y coactivo.

El derecho es un sistema normativo. Lo es en dos sentidos se compone de normas o requerimientos de conducta formulables, prescribe y evalúa la conducta humana. Ya vimos que, como orden social el derecho es concebido como un conjunto de normas jurídicas. Ahora bien, en la actualidad se insiste en que los componentes de los órdenes jurídicos, al lado de normas de diverso tipo normas que obligan o prohíben, normas que permiten, autorizan o facultan, se encuentran disposiciones jurídicas no normativas, definiciones, disposiciones derogatorias, reglas existenciales o reglas ónticas, etcétera. Como quiera que sea, de forma prácticamente unánime, se sostiene que el derecho es un orden de la conducta humana en la medida que se compone de normas.

Pero el orden jurídico pretende que el deber, o mejor la disposición jurídica que lo impone, sea la única razón que determine la acción. Los deberes son requerimientos que excluyen las demás razones exigen que la gente se comporte pasando por alto las razones no jurídicas que pudiera tener en contra de

la acción requerida de esta forma, el derecho guía el comportamiento reduciendo las opciones del individuo, esto es, haciendo que la conducta optativa se vuelva obligatoria en algún sentido.

Ésta no es la única forma en que se manifiesta la normatividad del derecho. El derecho también guía la conducta confiriendo derechos (subjctivos) y facultades a los individuos, pero, contrariamente a las disposiciones que imponen deberes, las normas que confieren derechos y facultades guían la conducta de forma no decisiva no excluyente la pauta proporcionada por estas disposiciones depende de otras razones del agente el deseo de que las cosas ocurran como sería el caso si el agente, si así lo quisiera, hiciera uso del derecho o facultad. El mismo orden jurídico determina en qué consiste tener un derecho o una facultad vinculando consecuencias jurídicas a su ejercicio o a su omisión. Es precisamente en virtud de estas consecuencias por las que el individuo decide qué hacer. Los individuos titulares de derechos o facultades decidirán qué hacer sobre la base de tales consecuencias.

De esta forma, tenemos que el derecho guía el comportamiento de manera excluyente a través de las disposiciones que establecen deberes y, de manera no excluyente, a través de las disposiciones que confieren derechos y facultades. Una disposición jurídica que guía el comportamiento de cualquiera de estas dos maneras, es una norma .

Es importante subrayar que las normas jurídicas además de guiar la conducta de los destinatarios, guían la acción de los órganos aplicadores del derecho, los cuales deciden haciendo uso del derecho aplicable a la controversia. Guiando normativamente el comportamiento el derecho busca realizar diversos propósitos sociales .

El derecho es un orden jurídico institucionalizado en la medida en que su creación, aplicación y modificación son, fundamentalmente, realizados o

regulados por instituciones. Esto es, por ciertas instancias o entidades sociales cuyos actos, en vez de atribuirse a sus autores son referidos a la comunidad . Las instituciones normalmente son separadas en: instituciones creadoras e instituciones aplicadoras de derecho. Las instituciones aplicadoras por excelencia son los tribunales.

Contrariamente a lo que sucedía con anterioridad , la teoría jurídica moderna concede mayor importancia a las instituciones aplicadoras del derecho, las cuales, a diferencia de las otras, son las únicas indispensables para un criterio de identidad de un orden jurídico determinado. En este orden de ideas se ha dicho desde comienzo del siglo.

"Todo derecho, como quiera que sea hecho, es reconocido y administrado por los tribunales y no hay norma reconocida o administrada por los tribunales que no sea jurídica... por tanto el derecho puede ser definido como el conjunto... de normas reconocidas y aplicadas por los tribunales".

Conocido básicamente como concepto el derecho en el campo de lo normativo de la conducta humana resulta evidente en su aplicación resultando así de fundamental realce el estudiar el concepto de moral , si por la moral entendemos un conjunto de normas y reglas de acción destinadas a regular las relaciones de los individuos en una comunidad social dada el significado, función y validez de ellas no puede dejar de variar históricamente en las diferentes sociedades. Así como unas sociedades suceden a otras, así también las morales concretas, efectivas se suceden y desplazan unas a otras.

Por ello puede hablarse de la moral de la antigüedad, de la moral feudal que se da en la edad media de la moral burguesa en la sociedad moderna etcétera La moral es pues , un hecho histórico y debe concebirse desde el punto de vista dinámico y evolucionante, de tal forma que no puede concebirse como algo dado de una vez y para siempre sino que tiene que considerarse como

una aspecto de la realidad humana que cambia con el tiempo. Pero la moral es histórica justamente por que es un modo de comportarse de un ser el hombre que es por naturaleza histórica, es decir un ser se caracteriza precisamente por estar haciéndose o auto produciéndose constantemente tanto en el plano de su existencia material, práctica como en el de su vida espiritual, incluida dentro de esta la moral.

La mayor parte de las doctrinas éticas y morales tratan de explicar que la moral se encuentra a la luz de principios absolutos y a priori y fijan su esencia y su función desentendiéndose de las morales históricas concretas, pero al ignorarse el carácter histórico de la moral, ya no se parte de su concepto y cae necesariamente en concepciones antihistóricas de ella de este modo el origen de la moral se sitúa fuera de la historia lo que equivale a decir que el hombre es una maquina o bien un instrumento del propio derecho aunque ante tales discusiones cabe encontrar el origen de su problemática pues ello conlleva a tener un entendimiento pleno de tal conflicto y poder asumir una postura frente al conflicto, por lo que en lo que respecta al problema del origen de la moral se encuentran las siguiente clasificación:

Dios como origen o fuente de la moral .- Las normas morales derivan de aquí de una potencia suprahumana, cuyos mandamientos constituyen las normas y principios las normas morales fundamentales. Las raíces de la moral no estarían, pues en el hombre mismo, sino fuera o por encima de el .

La naturaleza como origen o fuente de la moral.- La conducta humana moral no sería sino un aspecto de la conducta natural biológica. Las cualidades morales, ayuda mutua disciplina solidaridad etcétera, tendrían su origen en los instintos y por ello podrían encontrarse no solo en lo que hay en el hombre de ser natural, biológico, sino incluso en lo animales ya Darwin llega afirmar que los

animales conocen casi todos los sentimientos morales de los hombres felicidad, lealtad, amor, etcétera.

El hombre como fuente y origen de la moral.- se habla de un ser dotado de una esencia eterna e inmutable inherente a los individuos cualesquiera que sean las vicisitudes históricas o la situación social de este modo de ser que permanece y dura a lo largo de los cambios históricos y sociales , formaría parte de la moral.

En base a las anteriores concepciones del origen y fuente de la moral coinciden en buscar estos fuera del hombre concreto real es decir el hombre busca como ser histórico y social en uno de los apartados se aprecia que se busca fuera del hombre un ser supremo que es trascendente a el mismo en el segundo de ellos se busca en un mundo de igual forma diverso al hombre que si bien es cierto es natural mucho mas físico que el anterior no menos cierto es que no específicamente humano y por ultimo en el ultimo razonamiento la hipótesis se traslada a un hombre abstracto e irreal situado fuera de la sociedad y desde luego como consecuencia de la historia por lo que es claro que la postura que debe adoptarse en base a lo anterior es precisamente el insistir en entender a la moral como un concepto indiscutiblemente ligado a la historia puesto que partiendo de la premisa de que el hombre es un ser social histórico inminente es su moral histórica, toda vez que el comportamiento moral del hombre se da desde que este existe como tal o sea de las sociedades mas primitivas , la moral cambia y se desarrolla con el cambio y desarrollo de las diferentes sociedades concretas. Así lo demuestran el desplazamiento de unos principios y normas por otros de unos valores morales o virtudes por otra el cambio de contenido de una misma virtud a través del tiempo etcétera.

El reconocimiento de estos cambios históricos de la moral plantea a su vez dos problemas importantes, el de las causas o factores que determinan esos cambios y el del sentido o dirección de ellos . Para responder a la primera

cuestión, habrá que establecer un punto de partida para su estudio que en este caso lo es lo orígenes históricos o tal vez incluso prehistóricos de la moral que sobre la base de los estudios de la historia real se podrá encontrar la verdadera relación entre el cambio histórico social y el cambio moral, es decir que se habrán de aplicar las reglas del estudio de la historia para poder comprender lo evolutivo en los conceptos y aplicaciones morales de los seres humanos, por que entonces si entendemos que existen factores económicos, políticos y sociales que hace que a su vez las masas constituyan el motor de la historia no menos cierto será que estos factores históricos regulen las condiciones para establecer la moral de la época.

Partiendo de las anteriores concepciones debe decirse que la moral como concepto puede variar desde el punto de vista filosófico como jurídico, pero cierto es que habrá que adherirse al primero por tratarse de una circunstancia tan general como obligada para su estudio, tan es así que incluso se acepta que el concepto varia en todos sus sentidos influido tal vez por los conceptos de la época y sus propias consideraciones, aunque sirve como conceptualización el siguiente :

La moral es un conjunto de normas aceptadas libre y conscientemente, que regulan la conducta individual y social de los hombres.¹⁰

De dicho concepto se colige el aspecto básico que implica la normatividad colectiva y fundamentalmente el aspecto regulatorio de los actos del ser humano integrante de la sociedad, por lo que dichas situaciones se traducen en el campo normativo constituido por las reglas de acción e imperativos y desde luego el aspecto fáctico de realización y concreción de la norma hipotética desmembrada de la moralidad que en su conjunción en el plano

¹⁰ Sánchez Vázquez Adolfo, ETICA, México, Ed. Grijalbo, 16ª Edición, 1977, 27.

del actuar humano se concretiza para observar una reglamentación genérica e incluso sistemática, lo normativo se encuentra a su vez en una peculiar relación con lo fáctico, ya que toda norma, al postular algo que debe ser, un tipo de comportamiento que se considera debido, apunta a la esfera de los hechos, ya que entraña una exigencia de realización de tal forma que ya en la armonía del actuar dentro del espacio fáctico y desde luego social se involucran normas que requieren su cumplimiento con la finalidad de una debida integración del ser dentro de el ámbito de la sociedad aunque desde luego cabe señalar que en lo que respecta los aspectos evolutivos de la moral no siempre son progresivos puesto que en ocasiones se ven devastados por las mismas circunstancias como se ha dicho de la historia, pero desde luego se siguen conservando y transmitiendo los sentimientos de moralidad a través del tiempo estos relacionados con la solidaridad, la lealtad, el respeto etcétera.

Debe entenderse que uno de los instrumentos mas eficaces para regular el actuar humano desde luego concebido como orden legal y que su eficacia depende de tres partes fundamentales sobre todo a lo relativo a la ley penal.

Se ha entendido como el derecho que nace de la costumbre, es decir de los usos reiterados que una sociedad considera obligatorios y también entendido como derecho originado en normas de carácter general que se formulan en un texto y son dictadas por los poderes públicos pero fundamental es el considerar que en todos los pueblos, la primera forma de manifestación del derecho fue la costumbre, los más antiguos textos legales Código de Hammurabi, Leyes de Manú son la recopilación de costumbres ya existentes. Sin embargo, en Roma desde los tiempos de la República tuvo una gran importancia el ius scriptum (derecho escrito) y emanado de las leges rogatae, los senadoconsultos, y los

plebiscitos. La costumbre también tenía fuerza jurídica pues en ella se inspiraba el pretor para crear con el conjunto de sus decisiones, el *ius honorarium*. Posteriormente, en la época de Justiniano se reúnen en un solo texto las normas que originadas en diversas fuentes conformaban al derecho romano. Este texto conocido como *Corpus Iuris Civilis* recibió fuerza de ley y constituye un avance en el surgimiento del derecho escrito.

En la Edad Media se conserva el derecho escrito a través de las compilaciones de leyes redactadas por órdenes de los reyes germánicos y en las que se incluían fragmentos de diversas fuentes del derecho romano. Entre estas compilaciones destacan el Edicto de Teodorico, el Breviario de Alárico y la ley romana de los Borgoñones. Por otra parte, se recibe la influencia del derecho consuetudinario de origen germánico que sería el antecedente del feudalismo. Estos dos tipos de derecho incluso se distribuyen geográficamente así, las regiones meridionales de Francia eran conocidas como, países de derecho escrito pues en ellas imperaba el *Corpus Iuris Civilis*. Por el contrario, en el norte de Francia se aplicaba fundamentalmente el derecho feudal y por lo tanto dicha región se llamaba país de costumbres.

La incertidumbre a la que daba lugar la costumbre hizo sentir la necesidad de que fuera consignada por escrito. En este sentido aparecen en Francia las colecciones de costumbres que son obras de particulares. Más tarde, Carlos VIII en la ordenanza de Montils-les tours (1454) mandó que se redactaran en forma oficial las costumbres provinciales, esta obra fue realizada en el transcurso de la segunda mitad del siglo XV y la primera del siglo XVI. Estas costumbres recopiladas, no tenían la misma categoría que una ley; reflejaban las costumbres jurídicas de una época determinada pero no detenían su movimiento creador. En un proceso, las partes podían probar que la costumbre se había modificado después de su redacción.

En las postrimerías del medievo y durante el Renacimiento el Corpus Iuris Civilis influye poderosamente en los derechos positivos de las naciones europeas continentales. Este fenómeno es conocido como "la recepción del derecho romano" y hace perder importancia al derecho consuetudinario.

A principios del siglo XIX, el liberalismo le otorga a la ley el carácter de fuente primordial del derecho. Se considera que la actividad legislativa es la expresión genuina de la voluntad popular, se inicia la labor de codificación cuyo más famoso ejemplo es el código francés de 1804 (Código Napoleón). Asimismo surge la Escuela de la Exégesis, según la cual las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. De esta manera se consolida el sistema de derecho escrito que actualmente impera en la mayoría de los países del mundo y para el cual la costumbre es solamente una fuente supletoria de derecho.

México desde la época colonial es un país de derecho escrito. Durante el virreinato la principal fuente de derecho fueron las recopilaciones de las Leyes de Indias promulgadas en diversas fechas por sucesivos monarcas españoles. Después de la Independencia, esta tendencia se refuerza provocando que la mayoría de las normas jurídicas mexicanas sean producto de la legislación.

Dependiendo de la forma en que se producen sus normas, el derecho se ha clasificado en consuetudinario, cuando tiene como fuente a la costumbre y escrito, cuando se origina en la ley, por lo que resulta fundamental entender que la costumbre que crea derecho o costumbre jurídica es una especie dentro del conjunto de los usos sociales. En efecto, no basta que un hábito se encuentre arraigado en una sociedad, para que sea fuente de derecho. La teoría romano-canónica consideraba que la costumbre jurídica debía integrarse con dos elementos fundamentales: el primero de carácter objetivo, la inveterada consuetudo consistente en la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder y el segundo de carácter subjetivo, la opinio iuris seu

necessitatis caracterizado por la convicción existente de que dicha práctica es obligatoria y, por lo tanto, puede ser impuesta coactivamente por el Estado. Estos dos elementos constitutivos de la costumbre jurídica la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *ius moribus constitutum*.

En la doctrina el elemento objetivo de la costumbre se constituye por: actos uniformes y constantes, es decir, que no hay costumbre donde existen actos fundados en reglas contrarias; actos que se han repetido durante un largo espacio de tiempo. Esto es lo que se expresa cuando se habla de un uso largo e ininterrumpido o de *longa consuetudo*. Así, el derecho consuetudinario inglés (*Common Law*), se define como la costumbre general e inmemorial del reino.

Los tratadistas han discutido cuál debe ser el plazo de duración mínimo que constituye costumbre; se ha hablado de *den años*, basándose en un texto romano en el que *longaevum* significa centenario. En el derecho canónico se menciona a la costumbre de diez años. Respecto a los derechos internacional y constitucional se admiten plazos más cortos, y actos que deben ser plurales, ya que un solo acto no basta. Esto se conoce como *densidad del acto*.

Se observa que el elemento subjetivo de la costumbre es lo que la diferencia de otros hábitos sociales como son: las reglas del trato social, la moda, las prácticas morales y religiosas, etcétera.

La noción de derecho consuetudinario se identifica, desde los romanos con la de derecho no escrito. Sin embargo, esta concepción tan amplia conduce a incluir dentro de la costumbre otras fuentes del derecho, tales como, la jurisprudencia, los principios generales del derecho o la equidad.

La Escuela Histórica representada por Savigny y Puchta se apartó un tanto de la concepción tradicional que la doctrina ha tenido de la costumbre. Para

Savigny la expresión "derecho consuetudinario" no es muy adecuada por que podría dar a entender que en un principio una cuestión de derecho fue abandonada como cosa indiferente al arbitrio o a la casualidad y que al volverse a presentar el mismo caso, en lugar de buscarse una solución nueva, se halló más fácil adoptar la primera e introducida esta práctica pareció cada día más natural y así tal solución, adoptada con la misma razón que podía haberlo sido la contraria quedaría convertida al cabo de cierto tiempo en norma jurídica y de esta manera el derecho habría nacido de la costumbre. Savigny se opone a esta interpretación pues piensa que la base y la existencia de todo el derecho positivo esta en la conciencia popular. Esta conciencia que por naturaleza es invisible la reconocemos en los actos exteriores que la manifiestan: los usos, los hábitos, las costumbres. De esta manera para el ilustre romanista alemán, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por el cual se reconoce la existencia de éste.

De acuerdo con el pensamiento de Jellinek, la costumbre jurídica nace de la fuerza normativa de los hechos. Este jurista postula que cuando un hábito social se prolonga acaba por producir en la conciencia de los individuos que lo practican la creencia de que es obligatorio. Así, lo normal, lo acostumbrado, transformase en lo debido y lo que en un principio fue simple uso es visto más tarde como manifestación del respeto a un deber. En el mismo sentido Ehrlich sostiene que la costumbre del pasado es la norma del futuro.

El derecho consuetudinario tiene una relación entre eficacia y vigencia diferente a la que existe en el derecho escrito. En este la efectividad sobreviene a posteriori de la vigencia pues se trata de un derecho "puesto" que se cumple después de ser elaborado. En cambio el derecho consuetudinario es desde un principio "efectivo" pues mientras no se presenta como cumplido y aplicado no puede reconocerse su existencia como derecho.

Una norma consuetudinaria concede a los órganos del Estado la facultad de crear derecho legislado. En esta situación la costumbre es fuente supletoria con relación al derecho escrito, y derogatorio, cuando la costumbre se contrapone a los textos legales y los deja sin aplicación. Heinrich cree que este tipo de derecho puede existir aunque el legislador le niegue validez.

Desde el mismo punto de vista de las relaciones entre el derecho consuetudinario y el escrito debemos considerar a la clasificación tradicional de origen romano que distingue entre: a) costumbre secundum legem que no es en rigor derecho consuetudinario sino derecho escrito convertido en costumbre; b) costumbre que se da "fuera de la ley". Este sería el tipo ideal de formación jurídica consuetudinaria en un sistema de derecho escrito, las materias no reguladas por el legislador se regirían por la costumbre, y c) costumbre contra legem que es la derogatoria de la ley.

El derecho consuetudinario impera actualmente en los países anglosajones que se rigen por el sistema de Common Law. Éste ha sido definido en los siguientes términos: "La costumbre general e inmemorial que de tiempo en tiempo es declarada en las decisiones de las cortes"

El derecho escrito es aquel que se funda en la ley. En su sentido más amplio, ley es toda regla jurídica formulada por escrito para regir en el futuro y que es elaborada o sancionada por los órganos del Estado. En este sentido el término ley incluye conceptos como los de constitución, decreto o reglamento.

En los sistemas de derecho escrito existe un orden jerárquico entre las normas que lo componen. En ellos existe una Constitución que determina los procesos de creación de todas las demás normas del orden jurídico. Generalmente se otorga a un órgano especial el poder legislativo la facultad de dictar las normas generales. Estas normas son las leyes en sentido formal. Sin embargo, también el

poder ejecutivo legista a través de decretos o reglamentos. El proceso legislativo esta sujeto a ciertas etapas iniciativa, discusión, aprobación, promulgación.

México es un país de derecho escrito, en el cual la costumbre no tiene prácticamente ninguna importancia. La propia ley establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario, y pareciera ser que el termino de utilizar una capitulo destinado a los delitos contra la moral y las buenas costumbres refiere específicamente el intento prioritario de la ley por dar modificación a la delineación de los valores culturales y morales del ser humano que a fuerzas de punición obliga a cumplirlo y rectificar la conducta por lo que no hay materia de confusión al respecto entre la ley escrita la costumbre y el capitulo de delitos contra la moral y las buenas costumbres.

3).- CONCEPTO DE CONCURSO Y COLISIÓN DE NORMAS.

El vocablo concurso tiene múltiples acepciones en el ámbito del derecho penal y específicamente en la teoría del delito, la expresión se utiliza para indicar que una persona debe responder de varios ilícitos penales, es decir, que ha cometido varios delitos. Esta ubicación débese a que el concurso proviene de la voz latina concursus, que significa ayuda, concurrencia, simultaneidad de hechos, causas o circunstancias, oposición de méritos de conocimientos para otorgar un puesto, un premio o un beneficio.

Para que a una persona se le puedan atribuir varias violaciones de la ley penal, no es suficiente que su conducta encuadre en más de una figura delictiva, sino que éstas funcionen de manera independiente entre sí, sin que la aplicación de una excluya a la otra. Por tanto, el concurso de delitos no debe confundirse con el concurso aparente de normas cuando el agente del delito se introduce a un inmueble con el fin de robar y siendo responsable de robo en casa

habitada o destinada a habitación, se estime además que lo es de allanamiento de morada; tratándose del concurso de delitos, es indispensable que de manera real concurren las figuras en torno al hecho y sean susceptibles de aplicación.

Así vemos que hay dos clases de concurso de delitos, el ideal o formal que es dable cuando mediante una conducta o hecho se producen varios resultados delictivos y el real o material que deriva de varias conductas o hechos que a su vez producen diferentes resultados delictivos.

Uno de los aspectos que justifican el concurso ideal o formal, obedece a que el agente tiene frente a sí una sola determinación delictiva en el caso del dolo, o bien desatiende un deber de cuidado que personalmente le incumbe y a virtud de ello se producen varios resultados criminales.

Diferente es el caso del sujeto que planeando varios delitos, los lleva a cabo en diversos momentos e incluso acepta la realización de otros si estos fueran indispensables para obtener el propósito que persigue. Un ejemplo del primer caso es cuando concurren en una sola conducta copulativa el incesto y el adulterio, porque los protagonistas guardan relación de parentesco y además uno de ellos, o ambos, están casados con diferente persona, lo que significa que afectan la conservación de la estirpe o la moral familiar, tratándose del incesto y la fidelidad conyugal con relación al adulterio. Como ejemplo de concurso real o material, puede citarse el caso del sujeto que pretendiendo asaltar un banco comienza por amenazar a todos los que en el momento de perpetrar el ilícito se ubican en el interior del lugar (amenazas), después de ello daña la caja fuerte en donde se encuentra el dinero (daño en propiedad ajena), a continuación sustrae el numerario (robo), después lesiona a dos empleados (lesiones) y termina por matar a un agente de la policía (homicidio).

El concurso de delitos guarda estrecha relación con el delito continuado, porque en ambos casos estamos en presencia de un mismo agente

que es responsable de diversos resultados delictivos, pero con un manejo diferente desde el punto de vista doctrinal y legislativo.

El delito continuado se forma por dos o más conductas o hechos separados entre sí por un lapso, que a pesar de integrar de manera independiente cada uno delito distinto, se maneja como uno solo por la compatibilidad y unidad de propósito, es decir, se forma por varios actos que aisladamente observados reúnen las características de un delito pero agrupados todos ellos constituyen un solo delito, que es precisamente el continuado.

Las diferencias que pueden señalarse con los concursos ideal o formal, real o material y el delito conexo, son las siguientes:

A. El concurso ideal se manifiesta como antes se dijo por una sola conducta que infringe varios dispositivos penales que no se excluyen entre sí, en cambio, el delito continuado se forma por varias conductas que violan un mismo precepto penal.

B. El continuado presenta unidad de propósito y de precepto penal infringido, lo que no acontece en el concurso real de delitos como requisito indispensable; en el primer caso hablamos de un delito, en el segundo de varios.

C. El delito conexo, entendido como aquel que funciona como medio necesario para la comisión de otro delito, distingiéndose del continuado, en que aquel viola distintos preceptos penales, lo que no sucede en el continuado porque siempre debe prevalecer la unidad de resolución y de lesión jurídicas.

Con motivo de las reformas que fueron hechas al Código Penal, publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984, se derogó el artículo 58 del Código Penal, que establecía el fundamento del concurso real o formal y se reformó el artículo 64 del mismo Código Penal que establece la aplicación de las sanciones para ambos concursos de delitos, pero son los dispositivos 18 y 19 de las sanciones para ambos concursos de delitos, determinando que existe concurso

ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos; que estamos frente al concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos, y que no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

La pena para el concurso ideal será la que corresponda al delito que merezca la mayor, la que se podrá aumentar hasta en una mitad más de su duración, sin que pueda exceder de los máximos señalados en el título segundo del libro primero del Código Penal (cuarenta años de prisión).

Si estamos frente al concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los delitos, sin que tampoco exceda de cuarenta años de prisión. En caso de delito continuado, se aumentara hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

Los artículos 23 y 24 del Código Penal del Estado de Veracruz, vigente desde el 20 de octubre de 1980, establecen que existe concurso ideal o formal, cuando con una sola conducta se violan varias disposiciones penales compatibles entre sí y que se manifiesta el concurso real o material, cuando con pluralidad de conductas o hechos, se violan varias disposiciones penales, si no han sido motivo de sentencia ejecutoria y la acción penal para perseguirla no está prescrita.

Los artículos 19, 20 y 21 del Código Penal del Estado de México que entró en vigor el 23 de enero de 1986, establecen que existe concurso de delitos siempre que alguien sea juzgado en un mismo proceso por varios delitos ejercitados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia ejecutoria y la acción penal no ha prescrito a cuando con una sola acción, omisión o comisión por omisión, ya sea dolosa, culposa o preterintencional, se violen varias disposiciones penales compatibles entre sí. No hay concurso cuando se trate de un delito continuado o permanente; si las disposiciones legales violadas son

incompatibles entre sí; si uno o varios delitos constituyen un grado o grados de otra o medio de ejecución, y si un delito constituye un elemento de otro o una circunstancia agravante de su penalidad.

La mayor parte de los autores han tratado de dejar clara una postura uniforme como una solución real al problema sobre todo por que se ha pretendido establecer que en esa mediada se encuentra el desenlace del conflicto, pero habrá que decir dos cosas de manera básica en cuanto al problema puesto que en principio este se origina de la misma discusión y diferencias de criterio y por otro lado de la propia aplicación de la ley penal de tal forma que el problema adquiere matices y avances de importancia para la vida practica del derecho penal el honorable y distinguido maestro Fernando Castellanos Tena, identifica como en su mayoría al CONCURSO DE DELITOS que recobra vida cuando un sujeto con una sola conducta viola diversas disposiciones legales por ser esta misma persona en quien concurren varias autorías delictivas o bien cuando una sola persona con varias acciones produce diversas lesiones o en su caso una sola acción delictiva distinguiendo con ello en la clasificación de unidad de acción y pluralidad de resultados en cuyo caso aparece el concurso ideal o formal por otro lado la pluralidad de acciones y la unidad de resultado en tal situación delito continuado y por ultimo la pluralidad de acciones y pluralidad de resultados en tal caso el autor admite la existencia al llamado Concurso material o real y desde luego ante este ultimo también menciona lo principio que habrán de resolver la existencia del llamado concurso de delitos por lo que desde luego como la doctrina prodiminante admite la existencia de los principios de acumulación material , absorción y acumulación jurídica a lo cual puede y debe entenderse a la postura del ilustre maestro como tradicional en acuerdo con lo mayormente predominante.

Gustavo Malo Camacho, al respecto realiza una clara diferenciación entre el Concurso de leyes y el llamado concurso aparente de leyes refiriendo que en lo que corresponde al concurso de leyes conocido como concurso de delitos implica lo que comúnmente se conoce como la aplicación de la ley penal en los casos de existencia de concurso ideal o bien el concurso real lo que específicamente no tiene nada de relevante si no es por la razón de distinguir con claridad la distinción entre el concurso aparente de normas y otras figuras pues deja claro que ante tal hecho la mayor importancia resolutive deviene de la aplicación de una sola norma que invariablemente solo una será aplicable.

Fundamental es hacer notar que la mayor parte de los autores han establecido perfectamente la ubicación del problema en cuanto a las hipótesis del concurso de leyes y desde luego las hipótesis en que se sitúa y como lógica consecuencia la solución ante tal circunstancia pero otro es el problema que se ha identificado ya como el problema de aplicación cuando dos normas penales se contraponen y se repelen para su aplicación ante la conducta delictiva, pues desde hace mucho tiempo Jiménez de Asúa identificó el problema refiriendo que tal conflicto solo es aparente aunque es evidente que el trabajo comulga con la idea y el concepto de Colisión de Normas Penales pues a título de juicio expresa con mayor propiedad el problema pues desde luego la aplicación de una norma excluye como consecuencia a la otra.

4).- TIPOS DE CONCURSO

Derivado de los criterios diferenciadores del concepto que ha quedado definido ya como Concurso de delitos y Colisión de Normas Penales es oportuno el diferenciar en el caso del primero las hipótesis que de manera clara se presentan por parte de su ubicación, partiendo básicamente del concepto que la

propia ley penal ha referido para su estudio contenida específicamente en el Código Penal del Distrito Federal, que a la letra dice:

CAPITULO V

ARTICULO 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.

ARTICULO 19. No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado."¹¹

De dichos preceptos penales se puede observar que la ley distingue al concurso ideal del real por la unidad de conducta y pluralidad en el segundo de los casos y por otra parte también se puede establecer la diferencia cuando de la unidad de conducta se cometen varios delitos en el caso del concurso ideal y por otra parte cuando de la pluralidad de conductas se cometen varios delitos en el caso del concurso real de tal manera entonces que en el concurso real se distingue básicamente por la pluralidad de acción y la pluralidad de delitos cometidos por estas, es entonces casuísticamente la unidad de acción la que ha de distinguir en cuanto a los concursos, ya se ha dicho infinidad de ejemplos para distinguir el concurso real del ideal basado en unidad de conducta y pluralidad de las mismas, por lo que en términos legales su existencia deja claro la distinción total con lo que se conoce por la doctrina como el concurso aparente de normas, tema del cual nos ocuparemos a lo largo del presente trabajo, no sin antes dejar claro que existe un criterio tendiente a identificar al concurso aparente de normas como colisión de normas por expresar con mayor propiedad el problema en sí."¹²

¹¹ Código Penal para el Distrito Federal, México, Editorial ISEF, 1ª edición, 2001, p. 5.

¹² Pavón Vasconcelos Francisco, CONCURSO APARENTE DE NORMAS, op. Cit., p. 154.

a).-CONCURSO REAL O MATERIAL.

Debe decirse que la característica básica que existe para la operancia del concurso real de delitos, fundamental estriba en el hecho de que exista una pluralidad de conductas de ahí que por este aspecto se le denomine concurso material, es pues entonces el efecto de indicar el concurso material ubicando de manera característica la concurrencia de delitos en una pluralidad de conducta y en la cual habrá que dictarse única sentencia y única pena, de tal forma que habrá de entenderse que existe una acumulación.

La diferencia que media entre concurso real y el concurso ideal es el hecho de existir una pluralidad de conductas, ya entonces Francisco Pavón Vasconcelos, definió de acuerdo al siguiente criterio:

Quando una misma persona realiza dos o mas conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de este, sino ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no esta prescrita.¹³

La característica básica para la existencia del concurso real de delitos desde luego resulta de la comisión de varias conductas que por su propia y especial naturaleza no pueden ser inmiscuidas y reducidas unitariamente a una sola valoración jurídica, lo cual obliga a considerarlas con la pluralidad de infracciones que se haya violentado, aunque debe decirse que ante tal situación ya la propia ley penal establece como fenómeno básico de solución la acumulación y la aplicación de la pena del delito que merezca la sanción mayoritaria imponiéndose con ello algunas reglas que limitan la alta punición de la ley penal en contra del sujeto infractor, de manera didáctica se ofrecen, los requisitos de existencia del concurso real o material de delitos que a continuación se indican:

¹³ Pavón Vasconcelos Francisco, CONCURSO APARENTE DE NORMAS, op. Cit., p. 156.

1.- Identidad de sujeto activo

2.- Pluralidad de conductas o hechos

3.- Pluralidad de delitos

4.- Inexistencia de sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso.

5.- No prescripción de la acción penal

Ante la plena identificación del concurso real o material de delitos los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de que exista tal hipótesis de concurso real o material las cuales se señalan primeramente a la acumulación material, la absorción y la acumulación jurídica, siendo que en el primero de ellos se suman las penas correspondientes a cada delito, mientras que en el segundo de ellos, es decir, en el de absorción sólo se impone la pena del delito mas grave, pues básicamente se refiere a que el delito de mayor pena absorbe a los demás, finalmente en el principio de acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y con la personalidad del culpable, lo cual establece los principios generales de aplicación en los casos del concurso real, pues básicamente dicho concurso atiende a su ubicación en cuanto a la pena y en lo que respecta a la legislación penal el criterio que se adopta es el hecho de que nuestra legislación penal va mas allá de los alcances de la pena y trata ser inminentemente represiva y punitiva de tal forma que coincidimos con el criterio que a continuación se expresa:

El Código Penal de 1931, parece acogerse a los tres sistemas; el artículo 64 permite la aplicación de la pena correspondiente al delito mayor (absorción) pero faculta al juzgador para aumentarla en atención a los delitos cuya pena sea de menor cuantía acumulación jurídica, y establece la posibilidad de

aplicar hasta la suma de las sanciones de todos los delitos acumulación material sin que pueda exceder de cincuenta años.¹⁴

b).- CONCURSO IDEAL O FORMAL

Como ha quedado establecido y según lo contiene el artículo 18 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el concurso ideal o formal se encuentra plenamente identificado pasado desde luego en el principio de la unidad de conducta y pluralidad de delitos, de tal forma que el concurso ideal o formal se presenta cuando una sola conducta se violan varias disposiciones penales, originando una pluralidad de valoraciones jurídicas, aunque esto no implica necesariamente que exista una diversidad de resultados con motivo de la unidad de conducta llevaba a cabo por el agente infractor del hecho delictivo, ya algunos autores como Mezguer, ha dicho que el concurso ideal existe cuando una acción cae bajo distintas leyes penales que no se excluyen entre sí, lo cual arriba de manera formal al criterio de que cuando existen normas incompatibles y que incluso se repelen estaríamos en presencia de la colisión de normas.

En todos los casos en los que pueda advertirse la presencia de concurso ideal debe indefectiblemente existir la unidad de conducta y se debe tener en cuenta que en lo decisivo para que haya un concurso ideal es que haya unidad de conducta con una pluralidad de tipos pero el concurso ideal no requiere una simultaneidad para determinarlo y únicamente se ha distinguido en el concurso ideal homogéneo y el concurso ideal heterogéneo, así lo distingue el propio Zaffaroni, al establecer:

¹⁴ Castellanos Tena Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, México, Ed. Porrúa, 39ª. Edición, 1998, p. 39.

El que en el concurso de un robo decide matar a la víctima sin ninguna relación con el robo, sino porque en ese momento descubrió que era un antiguo enemigo, no incurre en ningún concurso ideal, porque falta la unidad de la conducta. El concurso ideal presupone la unidad de la conducta, que viola las normas antepuestas a diferentes tipos penales. Debe tratarse de tipos penales diferentes (concurso ideal heterogéneo), porque el llamado concurso ideal homogéneo, es decir, la conducta que viola varias veces la misma norma incurriendo en el mismo tipo no tiene relevancia práctica alguna.¹⁵

Debe observarse entonces que en caso de la existencia de un concurso ideal, se identifica entonces de igual forma el concurso homogéneo de tal forma que servirá de base la siguiente distinción y requisito para la existencia de uno u otro:

Concurso ideal homogéneo:

- 1.- Una conducta.
- 2.- varias lesiones jurídicas iguales.
- 3.- Dichas figuras compatibles entre sí.

En cambio son requisitos del concurso ideal heterogéneo:

- 1.- una conducta.
- 2.- Varias lesiones jurídicas distintas.
- 3.- Dichas figuras jurídicas compatibles entre sí.

Básicamente habrá que entender que la distinción clásica entre la homogeneidad y la heterogeneidad, resulta de las lesiones jurídicas que ocasiona la unidad de conducta que al efecto motiva el concurso, ya que en lo que respecta al concurso homogéneo este requiere la igualdad de lesiones jurídicas, mientras que al heterogéneo le resulta procedente la distinción de lesiones jurídicas, de tal

¹⁵ Raúl Zaffaroni, Eugenio, MANUAL DE DERECHO PENAL, México, Ed. Cárdenas, 3ª reimpresión, 1997, p. 667.

manera que ante tal existencia también es adecuado el plantear la posibilidad de un concurso ideal entre delitos dolosos y culposos, igualmente de un concurso ideal de delitos omisivos, ya que muchos autores admiten la concurrencia ideal entre delitos dolosos y culposos, como pueden ser las figuras preterintencionales y estima factible también la concurrencia ideal de tipos omisivos, señalándose que existe tal concurrencia cuando una acción viola dos o mas normas enunciadas imperativamente que no se excluyen, aunque también debe hacerse notar que en estricto derecho la figura no esta plenamente regulada por el Código Penal, y escapa al motivo del presente trabajo.

CAPITULO II

EVOLUCION HISTORICA RESPECTO DE LOS DELITOS COMETIDOS EN CONTRA DE LA MORAL PUBLICA.

1).- DERECHO ROMANO, MEDIEVAL Y MODERNO

Desde tiempos remotos se considero como una premisa fundamental la aplicación de la ley como instrumento de la justicia es así cuando de la propia evolución de las sociedades se ha entendido la creación de diferentes instituciones del Derecho es por tanto que en el derecho romano podemos entender la participación de la historia y de las diferentes sociedades para la creación de aquellas normas que habrían de regir la conducta de los individuos, es por tanto que en el derecho penal antiguo se conocieron instituciones que se encontraban relacionadas con la antropología cultural de los pueblos y su desarrollo evoluciono hasta conocer las figuras jurídicas e instituciones como se conocen en la actualidad, algunos autores identifican al derecho penal en forma tan dinámica como la misma historia es el caso de Zaffaroni:

Todas las sistematizaciones simplificadoras de las etapas de la legislación penal en el mundo, se pliegan a teorías de la historia que, pese a su multiplicidad, pueden dividirse en cíclicas y progresivas, siendo las primeras más propias de la antigüedad y las últimas del siglo XVIII. En las exposiciones de la evolución legislativa penal ha prevalecido la adopción de la teoría progresiva. Así, una de las más comunes distinciones que se formulan, trata de la venganza privada como período primitivo, la venganza pública cuando el Estado toma a su cargo la pena, la humanización de la pena a partir del siglo XVIII, y el período actual, en que cada autor da como triunfantes sus propias ideas. Los asesinatos políticos con auspicio oficial, el proceso Mindzenty, los tribunales especiales, la reclusión manicomial de disidentes, el derecho penal nazi, el escuadrón de la

muerte y otros ejemplos, nos sirven para demostrar que el camino en el plano de lo real no es tan lineal ni evolutivo, sino un lucha permanente y constante, y que venganza privada, venganza pública y tendencias humanitarias, son términos que hallamos en todas las épocas.”¹⁶

En sentido estricto, derecho romano es el derecho definido en los escritos de los juristas de la antigua Roma, principalmente en los de los juristas calificados como clásicos, es decir en los escritos de aquellos juristas que vivieron entre el año 130 antes de cristo y el 230 después de cristo, como la mayor parte de los escritos de los juristas clásicos se conocen a través de la compilación de textos jurídicos hecha por el emperador Justiniano en los años 529 a 534 y conocida por el nombre de Corpus Iuris Civilis, puede decirse que el derecho romano es el derecho definido en el Corpus Iuris Civilis.

La historia del derecho romano es muy extensa. Cabe decir que se inicia con la expedición de la Ley de las doce tablas siglo V antes de cristo y que continúa hasta nuestros días. En este largo decurso se pueden distinguir dos grandes épocas: la historia antigua del derecho romano, que acaba con la publicación del Corpus Iuris siglo VI después de cristo, y la historia moderna o "segunda vida" del derecho romano que comprende desde la supervivencia de este derecho en la Alta Edad Media entre los pueblos germanos hasta su situación actual.

La historia antigua del derecho romano suele dividirse en tres etapas: arcaica, clásica y posclásica. Aunque hay coincidencia en cuanto a la distinción de estas tres etapas, los autores discrepan en cuanto a sus fechas límite. La datación atiende más a la evolución misma del derecho que a la evolución de la política o de

¹⁶ Zaffaroni Raúl Eugenio. MANUAL DE DERECHO PENAL, op. Cit., p. 668.

la historia general, es la que indica como fin de la etapa arcaica, y principios de la clásica, la generalización del procedimiento formulario por virtud de la Ley Ebuca 130 antes de cristo, y como fin de la etapa clásica y principio de la posclásica la desaparición de los juristas clásicos hacia el 230 después de cristo. En esta visión son considerados como clásicos los juristas republicanos a los que suele llamárseles, injustamente, preclásicos, y se excluyen como tales a los juristas de la época de Diocleciano, quienes aun cuando siguen usando formas y vocablos clásicos, de hecho simplifcan y vulgarizan los conceptos clásicos.

En la etapa clásica, como su nombre lo indica, el derecho romano alcanzó una perfección técnica ejemplar. Los juristas de este tiempo se caracterizan por su independencia de criterio respecto del poder público cosa que irá desapareciendo paulatinamente y termina cuando Adriano burocratiza la jurisprudencia, alrededor del año 130 después de cristo, por su lenguaje claro, conciso y sobrio, por su precisión en el uso y delimitación de conceptos y por su afición a la discusión de casos concretos. El derecho el ius de esta época es la doctrina que elaboran los juristas.

La época posclásica muestra, en cambio, una jurisprudencia denominada por el emperador, y un derecho elaborado por este mismo por medio de leyes. Pero gracias a los trabajos compilatorios de esta época, que culminaron con la publicación del Corpus Iuris tenemos nosotros conocimiento del derecho clásico.

La historia moderna del derecho romano consiste básicamente en las diversas lecturas o interpretaciones que se han hecho del Corpus Iuris a lo largo del tiempo. La primera interpretación de gran trascendencia que se hace fue la realizada en la Baja Edad Media por las escuelas de los glosadores (siglos XII-XIII) y de los posglosadores o comentaristas siglos XIV-XVI. Estas escuelas parten de la idea de que el Corpus Iuris es el derecho vigente del Sacro Imperio Romano

Germánico, que, fundado por Carlomagno, se consideró sucesor del antiguo Imperio Romano. Con esta perspectiva, los glosadores consiguen, en primer término, entender y explicar por medio de glosas al texto, el contenido del Corpus Iuris, y posteriormente poner los fundamentos para la construcción de una doctrina jurídica extraída de dicho texto. La obra de esta escuela fue resumida en la Gran Glosa o Glosa Ordinaria de Acurcio 1227; a partir de entonces todas las ediciones medievales del Corpus Iuris se acompañan de la Gran Glosa. Los posglosadores o comentaristas se caracterizan porque hacen comentarios extensos a los textos del Corpus Iuris con el objeto de adoptarlos a la práctica. Los comentarios de Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis llegaron a tener una autoridad parecida a la de la Gran Glosa.

La influencia de los comentaristas, quienes surgieron en Italia, se extendió a Francia, España y Alemania y a otros países europeos, principalmente por medio de las universidades. El fruto principal de estas dos escuelas fue haber elaborado una doctrina jurídica común, o "derecho común", que se aplicó con más o menos intensidad en los distintos países de la cristiandad. El fenómeno por el cual se captó y difundió el derecho común elaborado por los comentaristas es llamado "recepción del derecho común". Ésta fue especialmente importante en Alemania, donde constituyó el punto de partida de una tradición jurídica (el *usus modernus pandectarum*) que elaboró a base del Corpus Iuris una doctrina jurídica científica, llamada derecho de pandectas, que luego fue condensada en el actual Código alemán, y en otros códigos europeos y americanos.

Debe decirse que en el derecho romano se conoció la existencia de los delitos y se definió como tal refiriéndolo como un acto ilícito sobre todo porque en Roma se distinguían dos tipos de delito: Los públicos (*crimina*) y privados (*delicta maleficia*), los primeros se conocieron como aquellos que ponían en peligro a toda la comunidad y eran perseguidos por el estado y lógicamente castigados con penas

públicas, mientras que los segundos sólo agraviaban a los particulares y estos daban origen a sanciones que beneficiaban a los ofendidos, de tal forma que efectivamente se consideraron delitos contra la moral pública, entendidos estos como cuestiones de orden común, es decir, que incluso la ley de las doce tablas reguló la aplicación de penas en los delitos cometidos contra la colectividad y en un acto de reforma se modificó la interpretación a la ley de las doce tablas en el delito conocido como injuria, la cual abarca todo lo que no se hace conforme a derecho que se entendía como una lesión a una persona humana, pero que en dicha reforma tal proceder se consideró como una lesión pública, puesto que existían actos de hecho en los cuales podía recurrir tal actividad delictiva.

La injuria podría ser, verbis, de palabra, o re, derecho, se distinguía también su menor o mayor gravedad en levis y atrox. Asimismo podía ser directa a la persona o indirecta y la reforma al respecto fue a considerar de injuria a lesiones morales difamación escrita o verbal, palabras ultrajantes que precisamente en tiempos de Justiniano se consideraron a tales actividades como delitos públicos, donde es importante el aclarar que la cuestión moral según considerada por los antiguos resulta muy distinta a como es considerada en los Códigos Penales vigentes y en especial al capítulo referido a los derechos contra la moral pública, puesto que desde el mismo concepto y hasta el agravio claramente resultan diferenciados.

El Renacimiento desacreditó el método de los comentaristas que aprovechaba el Corpus Iuris como derecho vigente, y desarrolló otro método (mos gallicus), de carácter erudito que intentaba comprender el texto como documento histórico, es decir como fuente para conocer cual fue el derecho de la antigua Roma. Esta escuela culta de los humanistas, cuyo principal expositor fue Cujas o Cuyacio 1522-1590, reconoció el valor que tenía el Corpus Iuris, no por ser el derecho del Imperio, sino por la razón jurídica intrínseca que contenía. Con esto se

preparó el terreno para la escuela del racionalismo jurídico, que dominará en Europa en los siglos XVII y XVIII y que busca en el Corpus Iuris la ratio scripta y no el texto de autoridad. Del racionalismo jurídico surgieron como frutos más importantes el Code civil francés de 1804 y los distintos códigos europeos y americanos que se hicieron con más o menos influjo de aquél.

Esta sucinta exposición de la historia del Corpus Iuris en Occidente permite comprender cómo es que los actuales derechos civiles, vigentes en los distintos países que han recibido esta tradición jurídica, han sido conformados sobre una base romanista. Los derechos civiles formados al influjo del Code civil francés derivan de la interpretación racionalista del Corpus Iuris, y los que están emparentados con el Código alemán parten de la elaboración pandectística -en muchos e importantes aspectos coincidente con la racionalista del mismo texto.

En México, el derecho romano ha jugado un papel decisivo en la conformación de la doctrina jurídica mexicana. Durante la etapa del virreinato, el derecho romano es el derecho que se enseña en la Real y Pontificia Universidad de Nueva España. Entonces la formación del jurista en el derecho civil se hacía exclusivamente por el conocimiento y explicación de las Instituciones, el Código y el Digesto de Justiniano, conforme a los autores españoles y extranjeros seguidores del mos italicus. En la Universidad, el estudiante aprendería a pensar jurídicamente, es decir adquiriría criterio jurídico, y luego tendría que aprender a lo largo de su práctica profesional el contenido de las disposiciones legales vigentes. Esta forma de enseñanza se va a ir modificando a partir de siglo XVIII, tanto en España como en la Nueva España, para ir dando lugar al estudio del derecho vigente (derecho "real" o derecho "nacional") en detrimento del derecho romano.

Actualmente, los estudios, jusromanistas se realizan predominantemente, con un método histórico-crítico (mos gallicus) tendiente a descubrir el derecho romano clásico. Gracias a la llamada "crítica de interpolaciones, por la cual se han

podido detectar muchas de las alteraciones que sufrieron los textos de los juristas clásicos recopilados en el *Corpus Iuris* y en otras fuentes, los romanistas han podido avanzar considerablemente en la reconstrucción del derecho romano clásico. En 1951 Fritz Schulz publicó su *Classical Roman Law* que fue el primer libro que logró aprovechar los resultados de la investigación crítica sobre los textos para reconstruir el sistema jurídico clásico. A partir de entonces se han publicado diversos libros con el mismo propósito, de los cuales el más importante hoy es el tratado de Max Kaser, titulado *Das römische Privatrecht*.

Continuando con las manifestaciones que efectivamente en el derecho penal romano se conocieron como *decrimina pública* se equiparaba y se castigaba como tal a los delitos donde tenía que ver no sólo con la administración del estado sino con la vida pública de los habitantes romanos, puesto que se conoció delitos como de sensualidad, promulgándose así una facultad otorgada al poder penal del estado o la *lex julia de adulteriis* 736 antes de Jesús Cristo, donde en dicha ley se contenían además cuestiones de delitos como el adulterio, la violación, proxenetismo, matrimonios ilegales, adulterio, estupro, lenocinio, incesto, etcétera, de lo cual se puede hacer notar que un aspecto fundamental hasta nuestros días lo es la incidencia de la sexualidad en la moralidad, es decir, preocupante para el estado desde tiempos remotos hasta nuestros días resulta el control de la conducta a través del derecho penal de aquellos actos que sexualmente se consideraron como contrarios a la idea moral pública, resultando que es tal vez por esa situación que en la actualidad exista inclusión de delitos sexuales en el capítulo de delitos contra la moral pública y las buenas costumbres según nuestra legislación penal.

En los últimos años, después de la Segunda Guerra Mundial y, en parte como una reacción contra la prohibición de estudiar el derecho romano hecha por el nacional socialismo, se ha producido una tendencia para moderar, o incluso suprimir, la técnica de crítica interpolacionista y procurar la vinculación del

derecho romano con la jurisprudencia práctica la vuelta a Savigny, proclamada por Koschaker. No es posible prever que consecuencias pueda tener este movimiento, especialmente hoy cuando el derecho privado se encuentra en crisis, pero conviene notar que la romanística contemporánea, gracias a la reconstrucción del derecho clásico, cuenta con un nuevo derecho romano, que aunque no es antecedente de los derechos privados actuales el antecedente romano de éstos es el derecho justinianeo, puede servir como punto de comparación y punto de partida para solucionar los actuales problemas jurídicos del derecho privado.

Por lo que entendible es que los jurisconsultos romanos no trataron lo concerniente al derecho penal con la misma superioridad de lógica no con la autoridad científica que encontramos en sus escritos sobre derecho privado sin embargo la legislación romana ejerció en Europa sobre todo en materia penal lo mismo que sobre las demás materias y una influencia cuyas huellas encontramos en el derecho canónico y aun en las leyes bárbaras sobre todo en el derecho feudal, pero se hace mas perceptible cuando el poder monárquico comienza a ponderar sobre el feudalismo.

El procedimiento y las jurisdicciones penales se fundaron en Europa con carácter de nuevo y distinto de manera que hubieron de separarse del derecho romano; pero en cuanto a la penalidad los textos romanos llamados a menudo ley escrita fueron considerados como derecho común en todo lo que no estaba determinado en otro sentido por estatutos especiales o por la costumbre he aquí la primera parte en la que de manera evolutiva podemos considerar la existencia de una base distintiva en la aparición, puesto que si bien es cierto como se ha dejado plasmado que existiría magnificencia por el derecho civil deja salvo tal circunstancia para las costumbres que el pueblo de manera consuetudinaria tenía arraigadas de tal forma en lo que respecta a los delitos contra la moral publica y su línea de evolución se puede decir que esta parte inicia con su relación

con el derecho consuetudinario de la época aunque debe decirse que en la roma antigua en una sociedad tan estratificada en su tiempo resultaba claro que la moral predominante únicamente se refería a la clase en el poder por lo que en realidad solo se considero la existencia como delitos públicos y privados (Criminadelicta maleficia) de tal manera que se considero en el mayor de los casos como circunstancias aisladas, que afectaban primordialmente a las personas; es decir cuestiones de orden privado que en si resultaban motivo de persecución como afrenta al honor.

El derecho romano fue ley vigente y obligatoria en el imperio de occidente hasta su derrumbamiento por la invasión de los bárbaros hacia fines del siglo V y aun después se pudo considerar como ley personal del pueblo sometido en tanto que los invasores se regían por sus propios usos pero debe decirse que para regular las relaciones entre ellos se acepto desde luego la ley del pueblo dominante aunque debe decirse que en realidad obedeció a una mezcolanza para la relación entre ambos pueblos, ya que incluso se consideraron aspectos fundamentales de la legislación romana predominando su aspecto ecléctico de la ley sobre todo es importante recalcar que durante esta época la opinión y criterio Germano fue la razón mas clara para la existencia de tal diversidad se puede entone considerar que ante la evolución del derecho en la época se consideraron situaciones de libertad en tal materia con la finalidad que en lo futuro permitiera una importante compilación del derecho es así que principios del siglo VI en la obra cuya formación ordeno el Rey Alarico por conducto del conde Goyarico, nombro una comisión de jurisconsultos para integrar diversas disposiciones en materia penal.

Se ha distinguido y desde luego aceptado los criterios evolutivos de las ideas penales es así como el maestro Fernando Castellanos Tena establece a lo largo del tiempo la existencia de la función represiva la cual se ha orientado

hacia diversas rutas en los distintos pueblos y entroniza la existencia de los periodos de la venganza privada, la venganza divina , la venganza publica y el periodo humanitario , en el primero de ellos según los propios datos y aportaciones históricas conocida también como época bárbara, entendida esta como la primera etapa de la época mas antigua en el período de formación en el derecho penal, y el impulso de esta según coinciden los autores fue a través del impulso de la defensa de los individuos o bien de la venganza provocada esta por lo que se creyó un ataque injusto y es entendible que la mayor parte de la sociedad a falta de protección adecuada, originó que cada particular, cada familia y cada grupo se hiciera justicia por si mismo, pero evidente es advertir que en principio sólo los particulares llevaban a cabo tal situación en agravio de sus personas y no es sino hasta en una etapa posterior cuando los intereses se vuelven colectivos y las acciones se llevan a cabo a nivel del interés de un grupo.

Se habla de venganza privada como un antecedente que en sus raíces entrafía las instituciones jurídicas que con el tiempo vinieron a sustituirla y se tiene datos para comprobar su existencia mas que los documentos históricos, el entendimiento de la naturaleza humana que nos autoriza suponer el nacimiento de tales reacciones en cualquier lugar en el que no se hallara una autoridad, esto es pues una cuestión mas de la condición humana que de la propia historia, puesto que después de haber transcurrido tantos años de la historia del mundo en las sociedades de las instituciones, queda claro que en cualquier momento en que se volviesen a suscitar la inexistencia del poder público y con ello la falta de autoridad que solucione los conflictos entre los particulares, es evidente que podía de nueva cuenta suscitarse el nacimiento de un período de barbarie, semejante a la época de la venganza privada, al respecto los tratadistas concluyen que el período también se le debe ubicar como un período instintivo, pues obliga a reaccionar a todos aquellos que en si mismos experimentan tal sentimiento y es

claro que no todas las venganzas pueden tenerse como antecedente de los métodos de represión moderna y su equivalencia únicamente ayuda a entender que en la actualidad el apoyo de la colectividad misma es el instrumento para reconocer el derecho del ofendido. Al período de la venganza privada también se le conoce como venganza de la sangre, porque sin duda se originó por actos que involucraron la lesión y el homicidio, pues claro es que debió ser el principio y el inicio de las acciones que los particulares tomaran en contra de otros, a este período se le identifica y se le relaciona con la reconocida y antiquísima ley del tallón (ojo por ojo y diente por diente), para significar que la venganza del ofendido debía ser en la misma magnitud y límites con las que fue lesionado.

Continuando con la idea evolutiva de las ideas penales corresponde identificar al período posterior a la venganza privada a una fase en la cual los autores materiales de la sociedad dejan de involucrar el principio instintivo de la persona para subsanar sus agravios que por concepto de actos en su contra se llevaron a cabo para dar paso a la confianza de una autoridad superior a la sociedad, incluso con una concepción metafísica al conflicto de la época, es por tanto el llamado período de la venganza divina en el cual los pueblos fundamentalmente que siguieron este período fueron aquellos con una organización teocrática, es decir pueblos que tenían una concepción divina del poder, se estima entonces al delito como una de las causas de descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida pronunciando sentencias e imponiendo penas para satisfacer la ira y logrando desistir de las causas de su indignación, según cita Castellanos Tena:

Es indelible el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon

explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosas mediara muy corto intervalo.

En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Aparece hebreo; esto no debe resultarnos extraño si atendemos a que los judíos han sido siempre eminentemente religiosos.¹⁷

En el caso de nuestro país durante la época precolombina, podemos atribuirle una organización políticamente dominada por la teocracia, por tal situación es importante el hacer ver que al período de la venganza divina también le correspondió a la historia de México.

Al período de la venganza pública se le conoció al período que va aparejado con el tiempo y la evolución de los estados, es decir, a medida de que los estados adquieren mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho que lesione de manera directa los intereses de los particulares o bien que afecte a los intereses directamente del estado o del orden público, es así entonces cuando puede denominársele período de venganza pública en el cual se da la existencia de tribunales que en estricto sentido velan por la aplicación de la justicia en agravio de la colectividad y con ello persiguen salvaguardar la integridad de la sociedad, aunque debe decirse que en realidad no con ello se entiende una correcta aplicación de la justicia, sino que por el contrario se imponían penas de características crueles e inhumanas, puesto que se perdió la identificación de la justicia correcta declinando su aplicación a los malos hábitos y a los excesos en que incurrían los estados despóticos, o corruptos, circunstancia que muy probablemente a través del tiempo y a pesar de tantos y múltiples esfuerzos

¹⁷ Castellanos Tena Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL, op. Cit., p.31.

ha venido evolucionando de manera lenta y difícil, el ejemplo clásico de tal período le corresponde al continente Europeo, por ser uno de los primeros Estados en llevar a cabo tal actividad y cabe destacar que de manera paradójica pudiera considerarse como de progreso de la sociedad, circunstancia completamente contraria, sobre todo porque a este período le corresponde la también llamada época de la tortura donde se llegaron a perpetrar los delitos sobre los delitos mas impresionantes y en el cual se fabricaban realmente culpables de hechos o bien inexistentes o bien tan intrascendentes que ofendían a la razón y aun mas a pesar de haber sido torturados los responsables, las penas que alcanzaban eran tan exageradamente punitivas, que la muerte parecía lo mas mínimo ante la gravedad de los actos del Estado.

Se conoció como período humanitario a la etapa evolutiva posterior al período en el que las penas fueron exageradas y evidentemente seguido de movimientos culturales y al conocido siglo de la luz en el mundo se tuvo como concepción de los seres humanos en el mundo una revaloración del hombre en los sistemas penales. La tendencia humanitaria de antecedentes muy remotos tomo cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII, con Cesar de Bonesana, conocido también como el Márquez de becaria, quien se entendió también inducido por el movimiento enciclopedista de la época o bien de la ilustración a cargo de autores intelectuales de la época como Montesquieu, D^oAlambert, Voltaire, Rousseau, influyeron de manera decisiva en la concepción ideológica del hombre ante la aplicación de la justicia, por lo que ya en el nuevo sistema se pugna por la exclusión de las crueldades innecesarias, se propone buscar la certeza contra las atrocidades de las penas, se orienta la represión hacia el porvenir subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación.

Por último siguiendo con las etapas progresivas se encuentra la llamada etapa científica en la cual se sistematizan estudios y se empieza a crear

doctrina única y exclusivamente para la solución de la ley penal, a este período también se le ha ubicado como el período clásico de los autores del derecho penal, tan es así que a este respecto se les identifico a la mayor parte de los juristas como exponentes de la llamada escuela clásica del derecho penal, a dichos autores se les atribuye las doctrinas positivistas y los estudios científicos del derecho incursionando en áreas relacionadas con la represión por parte del Estado, tal es como la criminalística, la medicina forense, etcétera.

Algunos autores ubican de manera sistemática la aparición del derecho penal con la aparición del Estado es así entonces que a nivel de criterio se identifique de igual forma ligando al derecho penal con la aparición del derecho romano a aunque desde luego existen diversas opiniones que redundan en cuanto a la existencia del Estado formalmente constituido en diferente tiempo pero para efectos de estudio es conveniente mantenerse ligado con la designación del derecho romano como parte de la historia evolutiva del derecho penal por lo tanto es claro y entendida la existencia de tal institución .

En el derecho penal romano vario de contenido de acuerdo con el desarrollo político del país , el *Ius Punendi*, que en la época siguiente a la fundación de roma, competía exclusivamente al pater familias, se repartió en la época de la monarquía entre el pater y el rex , así la sanción patriarcal comienza a sufrir la mas importante trasmisión al pasar el derecho al poder publico del Estado. La existencia de la ley de las doce tablas, hecha en 450 a. de c. por diez patricios romanos también conocidos como decenviros, expresamente designados por los comici, tuvieron por objeto evitar que los jueces aplicaran el derecho consuetudinario a favor de sus iguales patricios. Las Tablas en que fueron escritas se conservaron hasta el siglo V antes de cristo al parecer según la propia y beligerante historia de los romanos reseña que estas desaparecieron muy

probablemente por la guerra ocurrida entre el pueblo romano y el pueblo galo es así entonces que algunos historiadores romanos permitieron el aprender.

En términos generales, podemos afirmar que el derecho canónico es el derecho de la Iglesia, o sea el sistema jurídico que regula la conducta externa de los miembros de ésta. Por extensión, se refiere también al sistema jurídico de cualquier corporación religiosa no católica aunque, en nuestro medio, parece que se reserva al ordenamiento legal de la Iglesia Católica.

En la actualidad, nuevamente el derecho canónico está volviendo a sufrir una serie de ataques tanto externos como internos, provenientes, por una parte, de personas que niegan su carácter jurídico, por otra, de quienes piden su supresión, lo que en el fondo no es otra cosa que la negación de un orden institucional y de la jerarquía.

En efecto, dentro de estos últimos se encuentran todas aquellas corrientes que se califican de espiritualistas, pues niegan el carácter humano y social de la Iglesia, centran su atención en los aspectos espirituales y sobrenaturales de la misma. Este tipo de corrientes son tan antiguas como la propia Iglesia, lo que sucede es que aparecen en un momento dado, luego desaparecen, para que años más adelante vuelvan a aparecer bajo otra denominación y aparentemente con otros argumentos, que en el fondo son los mismos, pues tratan de ver a la Iglesia como una institución meramente carismática, resaltando como elemento exclusivo y excluyente el aspecto dogmático de ésta. Las más antiguas de estas corrientes fueron los gnósticos, montanistas y donatistas durante la Edad Media los cátaros, valdenses, albigenses, begardos beguinas, fraticelos y joaquinistas; en la Edad Moderna, tenemos a los husitas, luteranos, calvinistas y modernistas. Los más importantes de todos ellos son los protestantes, quienes al plantear la Iglesia como organismo estrictamente espiritual y al derecho como algo humano, material y externo, afirman la

incompatibilidad absoluta de ambos, en la época contemporánea el más destacado expositor de esta tesis es el jurista Sohm; sin embargo dicha corriente llegó a su clímax con el movimiento protestante pronazi Deutsche Christen. En la actualidad los protestantes están modificando su postura, inclusive en algunas confesiones ya se habla de un derecho canónico protestante. Por último diremos que, en el seno de la Iglesia Católica, después del Concilio Vaticano , han resurgido estas posturas espiritualistas carismáticas de negación del derecho canónico.

Por otro lado, está la postura que niega juridicidad a las normas del derecho canónico, particularmente el positivismo; ellas encuentran su origen en el llamado regalismo dieciochesco, el cual pretendía la subordinación del orden eclesiástico al político para concluir con la absorción de aquél por éste. Posteriormente vino el liberalismo burgués decimonónico que postulaba la escisión de la Iglesia y el Estado, la negación del carácter jurídico de los ordenamientos confesionales y la indiferencia total de la regulación normativa del fenómeno religioso.

El positivismo estatista, que se llama así por reducir lo jurídico a la esfera de lo positivo, llegó a identificar el derecho con el Estado, tuvo gran auge a finales del siglo pasado y principio del presente, negó radicalmente el carácter de ordenamiento jurídico autónomo al derecho canónico sus principales exponentes son Romagnosi, Ihering, Jellinek, Kelsen y Carnelutti, quienes consideran que al sistema legal eclesiástico le falta estatalidad, imperatividad originaria, coactividad e intersubjetividad. Realmente todas esas notas se pueden reducir a la primera, es decir la falta de estatalidad, ya que la coactividad no es nota esencial del derecho y quien afirme la falta de intersubjetividad no hace sino manifestar su desconocimiento del derecho canónico y su praxis, pues confundiría normas morales o religiosas con las normas jurídico canónicas, puesto que las primeras operan en el fuero interno y las segundas en el fuero externo de los individuos,

habiendo leyes de derecho público eclesiástico y de derecho privado, todas las cuales son esencialmente bilaterales.

Regresando a la falta de estatalidad, ello es totalmente cierto, ya que las normas canónicas no requieren para su promulgación, vigencia y cumplimiento del Estado, es más, el derecho canónico es por definición un orden supraestatal, con vocación universal. Ahora bien, la cuestión estriba en no identificar al derecho con el Estado, para lo cual nos podemos fundamentar en dos ideas: la existencia de un derecho natural, consubstancial a la naturaleza humana, anterior y superior al ente político, por otro lado, el fenómeno jurídico como resultado del fenómeno social y no de la existencia del Estado, siguiendo la vieja máxima latina *ubi societas ibi jus*, es decir, el derecho como resultado de la voluntad social, de tal suerte que lo jurídico no presuponga al Estado sino a la sociedad; en virtud de lo cual un sistema jurídico será el resultado de la voluntad social, impuesta y garantizada institucionalmente, considerada y observada por sus miembros como obligatoria, en cuyo caso queda justificada la existencia del derecho internacional así como del derecho canónico, ya que por esencia la Iglesia es un conjunto de hombres, institucionalmente organizados; con autoridad soberana, con una finalidad propias en suma: una sociedad. Es más, en este orden de ideas, la Iglesia se nos presenta no sólo como una sociedad, sino como sociedad perfecta, en terminología aristotélica, que le permite producir un fenómeno jurídico propio.

Asimismo, con base en estos argumentos, se pueden criticar las posturas espirituales ya que en la Iglesia, como realidad social, no sólo hay la posibilidad o conveniencia de un orden jurídico sino una necesidad esencial.

Las fuentes del derecho canónico son de dos tipos: divinas y humanas; las primeras son las que devienen directamente de Dios, entre ellas encontramos el derecho revelado, estas últimas las podemos encontrar en la Sagrada Escritura y en la Tradición. Las humanas son las emanadas de la legítima

autoridad, entre las que encontrarnos dos tipos de normas: universales y locales, las primeras son las dadas para la Iglesia Universal por el romano pontífice, o la persona u organismo expresamente delegados por el mismo; las segundas son las dadas para una porción de la Iglesia en razón del territorio o las personas a quien van destinadas por quien tiene a su cuidado esa comunidad, es decir el llamado ordinario, que generalmente es el obispo o el prelado, e incluso la Santa Sede, pero con efectos locales.

Como es lógico, el derecho humano debe estar conforme al derecho divino y el derecho local al derecho universal.

Los concordatos son tratados que suscribe la Santa Sede con algún Estado, los cuales generalmente crean normas canónicas, en todo caso se trata de derecho pontificio, dado por el papa o persona autorizada por este.

Aunque si bien es cierto que existieron normas canónicas desde la fundación de la Iglesia, en un principio esta no pretendió crear un sistema jurídico, el mismo se fue integrando a lo largo de los siglos como una necesidad societaria y pastoral. El gran esfuerzo sistematizador se ha realizado durante el segundo milenio de nuestra era, aunque antes hubo algunos esfuerzos importantes en ese sentido.

A partir del siglo XI, y a medida que se reafirmaba el poder pontificio, surgió la necesidad de incrementar la producción legislativa y de esta manera dar forma jurídica al mismo. Ello coincidió con el gran impulso de la vida cultural que supuso la creación e incremento de universidades, el advenimiento de la segunda vida del derecho romano y la paz social en Europa. Todos estos factores coadyuvaron al nacimiento de la edad clásica del derecho canónico que se inicia en el siglo XII con la aparición del Decreto de Graciano Concordia Discordantium Canonum escrito por ese monje, profesor boloñés, con fines didácticos y en consecuencia con carácter privado, aunque la costumbre se encargó de darle

vigencia. Esta obra, primera gran recopilación del derecho canónico, puso de manifiesto lagunas y contradicciones, mismas que tenían que ser resueltas por la legislación pontificia, lo que trajo como consecuencial el fomento de dicha actividad.

Posteriormente al Decreto de Graciano se hicieron otras recopilaciones privadas y oficiales, hasta llegar a la obra cumbre del derecho canónico clásico: las Decretales de Gregorio IX, que vinieron a consolidar en un solo texto esas recopilaciones, obra que además tendría el carácter de oficial; esa labor se le encomendó a uno de los más destacados juristas del siglo XIII, quien después vino a ser San Raimundo de Peñafort, fue promulgada por el mencionado papa el 5 de septiembre de 1234, mediante la bula *Rex Pacificus*, recopilación que se le conoce como Decretales (de Gregorio IX), y también como *Libes Extra* en relación con la obra de Graciano.

Más adelante hubo necesidad de ir actualizando ese trabajo, lo cual hicieron Bonifacio VIII y Juan XXII mediante sendos apéndices a la obra gregoriana, a los que se les denominó *Liber Sextus* y *Liber Septimus* respectivamente (porque la anterior se dividía en 5 libros), habiendo sido promulgados mediante las bulas *Sacro Sanctae Romanae Ecclesiae* de 3 de marzo de 1298, firmada por Bonifacio VIII, y *Quoniam Nulla* de 25 de octubre de 1317 por Juan XXII, esta última contenía las famosas *Clementinas* (es decir los decretales de Clemente V). Finalmente en 1500 y 1503 se imprimió, de manera particular y en una sola obra, el Decreto de Graciano, las Decretales de Gregorio IX, las de Bonifacio VIII, las de Juan XXII y 74 decretales de diversos papas, no recopiladas por las anteriores (llamadas consecuentemente *extravagantes*), con todo ello se formó lo que se denominó *Corpus Iuris Canonici*, el cual posteriormente fue revisado por la Santa Sede (correctores romanos) y aprobado mediante la constitución apostólica *Cum pro Munere* dada por Gregorio XIII el 10.,

de julio de 1580 y publicada el 2 de junio de 1582 mediante el breve pontificio *Emendatione Decretarum* del propio pontífice. Con la cual termina la época clásica del derecho canónico.

En los siguientes tres siglos y medio no vamos a ver grandes alteraciones en el derecho canónico, quizá solamente los aspectos jurídicos de la reforma tridentina, pues tales alteraciones se van a dar hasta el periodo de codificación a principios del siglo XX; periodo que encuentra sus raíces en la renovación eclesial que se inició con León XIII en la segunda mitad del siglo XIX.

El papa Pío X, a través del *motu proprio Arduum Sane Manus* del 19 de mayo de 1904, creaba la correspondiente comisión codificadora, presidida por él mismo y teniendo como secretario a quien después fuera el cardenal Pedro Gasparri. Como resultado de los trabajos de dicha comisión se elaboró el *Codex Iuris Canonici* (CIC), el cual fue promulgado por Benedicto XV mediante la constitución *Providentissima Mater Ecclesia* el 27 de mayo de 1917. Con ello quedaba recogida de manera sistemática toda la legislación canónica en un solo cuerpo jurídico. El alma de esa ingente labor fue el cardenal Gasparri.

La producción legislativa de la Iglesia Universal no quedó paralizada. Particularmente después del Concilio Vaticano vino una muy profunda revisión de toda la disciplina externa de la Iglesia, tanto así que la llamada legislación posconciliar alcanzó aproximadamente el 50% del volumen del CIC. En previsión de ello Juan XXIII creó, el 28 de marzo de 1963, una Comisión para la Revisión del CIC, la cual ha estado trabajando intensamente durante casi 20 años, trabajo que ha sido escrupulosamente revisado por los diversos dicasterios vaticanos, institutos religiosos, obispos de todo el mundo, destacados juristas y diversos congresos científicos. Resultado de ello ha sido la publicación del nuevo CIC en 1752 cánones

por el romano pontífice Juan Pablo II el día 25 de enero de 1983, mediante la constitución apostólica *Sacrae disciplinae leges*.

El derecho canónico tuvo plena vigencia en México durante la época colonial, mediante él se regularon muchos aspectos del derecho de familia, sucesorio, procesal, penal, internacional, e incluso administrativo y constitucional. Piénsese en el Regio Patronato Indiano, el fuero eclesiástico, Inquisición, recursos de fuerza, diezmos, etc. Al alcanzar nuestra patria su independencia se redujo el ámbito de influencia del mismo, particularmente al dejar de existir ciertas instituciones como el Patronato y la Inquisición, hasta que desapareció formalmente dicho ámbito de influencia con la reforma liberal, concretamente con la Ley de Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859 y la Ley Orgánica del Registro Civil de 28 de julio de 1859. Sin embargo, en la práctica subsistió de manera atenuada, pues era difícil modificar de un plumazo situaciones tan arraigadas como el derecho de familia y de las personas, hasta que la Constitución de 1917 se pronunció de manera terminante sobre el particular, como lo disponen los artículos 3o., 24, 27 y 130 de la propia ley fundamental. Sin embargo subsisten algunos resquicios, como el artículo 327, VI, del Código de Procedimientos Civiles que señala como documento público las constancias existentes en archivos parroquiales.

En el año de 1265, debe considerarse como una obra de gran importancia las llamadas PARTIDAS, obra elaborada bajo el auspicio y virreinato de Alfonso X el sabio, mismo que durante la época medieval tuvo gran importancia y fue notable su aportación jurídica, antecedendo a tan importante documento jurídico los trabajos de Fernando III, bajo el nombre de septenario de tal forma que el código de las partidas fue conocido también como el de las siete partidas el cual tuvo gran vigencia y puede presumirse válida y jurídicamente que en la actualidad es el antecesor y padre del aspecto formal de los Códigos y Legislación Mexicana,

sobre todo porque al respecto dentro de la partida señalada como número séptima en su título vigésimo segundo (XXII), se conoció una sanción para aquellas personas que incurrieran en delitos que en dicho título se denominó de los alcahetes, comprendiendo en este título el delito que hoy se llama corrupción de menores, dándole mucha extensión, pues no atiende a la edad de la mujer ni a otras circunstancias que hoy se exigen como elementos constitutivos de la corrupción para que esta sea punible y debe decirse que dentro de las penas que se imponían era la del destierro la pérdida de la casa destinada a la corrupción mas multa y muerte en los casos en que se trataba de la esposa o bien de mujer casta y honesta, así también es importante comentar que al respecto si bien es cierto las partidas no tenían una clasificación en los cuales se dejara en forma clara la persona agraviada, no menos cierto es, que se consideraban a tales delitos como circunstancias de acción popular, pues su acusación se permitía al pueblo y de igual forma la sanción era ejemplar para toda la gente de tal manera que puede presuponerse que a tales consideraciones hasta la actualidad se puede entender como una situación de orden moral traducido este como una situación de orden público.

2).- CODIGO PENAL DE 1871

El primer presidente bajo la nueva constitución fue Comonfort y como vicepresidente figuro don Benito Juárez en gran parte educado en el ambiente de carácter inminentemente liberal, por lo que entonces ya en la época arribaba un importante cambio en la idea legislativa teniendo como antecedente la constitución misma de tal forma que el primer triunfo de la causa liberal dio lugar en dos importantes leyes, la ley Juárez es decir la ley de administración d justicia y orgánica de los tribunales de la federación y desde luego la Ley Lerdo, por lo que el veintitrés de noviembre de 1855, abolió el fuero eclesiástico en asuntos civiles y de manera fundamental en el derecho penal se suprime desde

entonces el llamado fuero militar aunque por otra parte se dejó ciertamente la existencia de los delitos de carácter militar .

La labor modernizadora organizadora no pudo durar mucho pronto intervino un golpe de Estado, de índole conservador Zuloaga, el cual ofreció la dictadura de Comonfort sin embargo, este según los datos no tuvo la voluntad de aceptarla y huyo luego un grupo de liberales proclamó a Juárez presidente, el cual después de diferentes complicaciones se fortaleció en Veracruz ciudad muy importante a causa de los ingresos aduanales la mercancía pasaba hacia la capital y resultaba lógico que existían ganancias de los impuestos y precisamente en los años de 1859 que se llegaron a considerar como anticonstitucionales y revolucionarias, pero que al postre entrarían en la propia constitución de lo cual se entendió la importancia de las mismas y aunque después de la muerte de Juárez, tuvieron gran importancia en la modificación legislativa de nuestro país. A la vigencia de las leyes de reforma una que destacó en importancia extrema fue aquella de confiscación de los bienes eclesiásticos aunque según la historia este rubro no dio los resultados tan ansiados y esperados para la economía del gobierno toda vez que el producto de unos tres millones eran mucho menos de lo que se había calculado y las antiguas tierras de la Iglesia llegaron a parar en manos de terratenientes que después ocasionarían el principal problema de la tenencia de la tierra en posterior movimiento revolucionario, así las cosas ya el usurpador Felix Zuloaga y Miramón vicepresidente, apoyados financieramente por el clero, gobernaban el país desde el centro de la república al grado que incluso algunos países como Inglaterra y Francia llegaron a reconocer a dicho gobierno, pero no así el gobierno de los Estados Unidos que de manera dolosa y tal vez inteligente mandó su personal diplomático al Estado de Veracruz, para el efecto de celebrar tratados con el reconocido presidente Juárez específicamente en materia comercial y de paso lo que dio origen al famoso tratado McLane Ocampo y según

la mayor parte de los historiadores este fue el parte aguas para que a cambio el gobierno de los estados unidos reconociera al gobierno mexicano de Juárez, pero de manera sorprendente el Senado del Gobierno de los Estados Unidos ante la presión de diversas causa y por temor a la inestabilidad económica rechazo la firma del tratado y con ello nuestro país se salvo milagrosamente de tener hasta el actual tiempo problemas por un tratado desventajoso y leonino .

El problema detonante de las circunstancias de la época sobrevino por una declaratoria sobre una moratoria de deuda lo que a su vez infirió en circunstancias bélicas específicamente de los países como Inglaterra Francia y España y es entonces cuando de manera deliberada Francia demuestra que no es su mayor interés en cobrar la cantidad que México debía en la época y mas aun que al percatarse de tal situación los otros países también en ese carácter de acreedores decidieron regresar a sus países de tal forma que ya en la época Napoleón III, decidió buscar persona de su confianza para establecer una zona de influencia en nuestro país por lo que encontró en Maximiliano de Habsburgo, la persona ideal para tales fines aunque en la realidad se llevo a cabo un pacto entre ambas pero con la firme promesa de realizar un pago por la contraprestación del servicio bélico que habría de proporcionar el emperador; de tal manera que a pesar de diversa e importantes derrotas el ejército Francés llevo a cabo importantes adelantos que obligaron al presidente Juárez a trasladar a su gobierno y una vez arribado a la ciudad de Veracruz Maximiliano de Habsburgo, decidió llevar a cabo importantes continuaciones en las reformas de materia liberal que sorprendieron a los conservadores quienes extrañados y con el apoyo de la iglesia pidieron la revocación y abrogación de las leyes e expropiación de bienes eclesiásticos, en tal situación que muy probablemente podría decirse que la actividad por lo menos en cuanto a Legislación se refiere practicada con Maximiliano de Habsburgo en su época, realmente supera a las expectativas

planteadas y debe dejarse claro que si bien es cierto existe una imperancia negativa en contra del imperio de Maximiliano, como el intruso a nuestro país, no menos cierto es que debe otorgársele una notable consideración basado en su legislación imperial, la cual de inmediato pretendió reorganizar y muy probablemente sirvieron de base para los posteriores proyectos legislativos por mencionar algunas las siguientes:

La legislación imperial de ningún modo merece el descuido en el que habitualmente la conservamos. Su fundamento era una ley del 16 de julio de 1863 sobre la Asamblea de Notables y sobre el Poder Ejecutivo, seguida por las Bases para el Nuevo Imperio, del 11 de julio de 1863, y finalmente el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano del 10 de abril de 1865. Sobre estas bases, Maximiliano y sus colaboradores se dedicaron a una meritoria labor legislativa. Mencionemos la organización de los ministerios 12 de octubre de 1865, la creación del periódico oficial (diario del Imperio), el 31 de diciembre de 1864 y las normas sobre la forma de promulgar las leyes, del 1º de noviembre de 1865, la Ley Electoral de Ayuntamientos 1º de noviembre de 1865, la Ley sobre Garantías Individuales del 1º de noviembre de 1865 y sobre la libertad de trabajo, de la misma fecha, la nueva organización militar 25 de noviembre de 1863, aplicándose temporalmente el derecho militar francés, desde el 17 de noviembre de 1863)-, las normas sobre el cuerpo diplomático del 23 de junio de 1864 y del 2 de agosto de 1865, y sobre el cuerpo consular 12 de agosto de 1865, la reorganización del notariado 21 de diciembre de 1865, la ley sobre lo contencioso-administrativo y su reglamento 21 de enero de 1864 y 1º de noviembre de 1865, el regreso a la Ley de Administración de justicia del 29 de noviembre de 1858 con modificaciones mediante la ley del 15 de julio de 1863, y luego la organización de los tribunales y juzgados del imperio del 18 de diciembre de 1865, y la del Ministerio Público, del 19 de noviembre 1865; el rearreglo de la deuda exterior 14 de junio de 1864 e

interior 30 de septiembre de 1864, contribuciones sobre fincas urbanas y rústicas 29 de julio de 1863, a cargo de giros mercantiles y establecimientos industriales 29 de julio de 1863 e inquilinatos 30 de septiembre de 1863, la organización del tribunal de cuentas 31 de octubre de 1865, normas en materia minera 6 de julio de 1865, de colonización en materia penal (3 de octubre de 1865).¹⁸

Así también después de las importantes reformas que en materia legal y jurídica se llevaron a cabo finalmente en el año de 1867, Juárez entró en la capital y en el mes de agosto del mismo año, anuló con efecto retroactivo toda la legislación evocada por el imperio de tal manera que entonces comenzó con la nueva construcción del país, lo cual resultó completamente difícil en virtud de los años que habían precedido la guerra, aunque siempre se observaron serios esfuerzos por acrecentar aspectos tan importantes como la educación y la economía y desde luego continuar con la evolución legal de nuestro país, ya que incluso el 20 de enero de 1869, se promulgo la Ley Orgánica de Amparo, la cual se incorporaron importantes principios en materia penal y en ese mismo año se introdujo el procedimiento penal en el Distrito Federal, acompañado de la figura del jurado popular que en realidad no tuvo una efectividad completa por diversas situaciones.

Desde antes del imperio, es decir desde el año de 1862, existía entonces una comisión que había estado trabajando para un Código Penal del Distrito Federal, la cual debía sustituir el conjunto heterogéneo de normas heredadas de la fase virreinal, modificadas y adicionadas por diversas normas que fueron resultado del México independiente, pero desde luego estos trabajos tan importantes fueron interrumpidos por el propio imperio de Maximiliano, período en el cual fue aplicado el Código Penal Francés, y de manera evidente al restaurarse la república, dio

¹⁸ Margadant Flores Guillermo, INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO, México, Ed. Esfinge, 18ª edición, 2001, p. 280.

como consecuencia la necesidad de terminar los trabajos para el Código Penal que se habían iniciado en tal virtud se creo una nueva comisión dirigida por ilustres juristas, entre ellos Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. Zamacona, quienes desde 1868, trabajaron en crear el Código penal que había de regir en el Distrito Federal y en sus territorios, además en toda la república en materia federal, por lo que según su promulgación el 7 de diciembre de 1871, comenzó a regir el nuevo Código Penal dando así origen al llamado Código de Martínez de Castro y Almaraz, en el año de 1871.

Los códigos penales europeos del siglo XIX eran cual más, cual menos códigos retribucionistas, esto es, códigos en que la pena tenía esencialmente su fundamento moral en la justicia, en la compensación de la culpabilidad, y en que los inimputables menores y enfermos mentales, incapaces de comprender el sentido de su acto ilícito, no podían consecuentemente sufrir la pena, por no poder discernir entre lo justo y lo que no lo es. Los enfermos mentales y los menores, en estricta consecuencia retributiva, quedaban al margen de la pena; para los primeros se disponía, según su hecho fuera más o menos grave, la reclusión en establecimientos destinados a los enfermos de aquellas clase o la consignación a su familia bajo fianza de custodia; para los segundos, el ingreso a centros educativos especiales o la entrada al cuidado de sus padres. La idea de retribución los ponía al margen de la pena, pero dejaba sitio a las expresadas providencias de signo evidentemente preventivo, que no se hermanaba a las penas en un sistema jurídico de sanciones, en sentido propio. No era, pues, el régimen de esos códigos aquello que más tarde se convendría en llamar régimen del doppio binario o de la doble vía, surgido sólo a fines del siglo XIX, coetáneamente con la idea de prevención especial, y patrocinado tanto por correccionalistas, positivistas y seguidores de la escuela sociológica alemana de Franz Liszt.

El llamado Código de Martínez de Castro, se fundamentó en los postulados de la escuela clásica y con tintes desde luego de carácter positivo, puesto que este ordenamiento admite circunstancias preventivas y correccionales, aunque debe decirse y precisar que en cuanto a la escuela clásica es conocido con las siguientes características:

La igualdad el hombre ha nacido libre e igual en derechos esta implica la igualdad entre los sujetos; el libre albedrío, si todos los hombres son iguales en todos ellos se ha depositado el bien y el mal y se les ha dotado la capacidad de elegir por cualquiera de ellos entendiéndose como un precepto de la voluntad; entidad delito el derecho penal debe volver los ojos a la manifestación externa del acto, a lo objetivo; imputabilidad moral como consecuencia del libre arbitrio, por lo que no se le puede exigir un resultado distinto al que del propio objetivo realizado.¹⁹

El Código Penal de 1871, se aprecia que fue elaborado con importante inteligencia normalmente atribuida y según la mayor parte de los juristas y estudiosos a la participación de Martínez de Castro, puesto que en lo correspondiente a la carga positivista se le atribuye a dicha persona tal aportación, sobre todo por haberse introducido y contemplado medidas de seguridad en el propio texto del Código Penal, lo cual ubica a este documento legal como una de las pretensiones mas ambiciosas del Estado Mexicano, sobre todo porque se observa una innovación vanguardista sobre todo por haber considerado la libertad preparatoria como uno de sus adeptos principales, pero debe decirse que también la mayor parte de los autores coincide que el código penal mexicano de 1871, tuvo como antecedente el código penal español en el año de 1870, pero debe restársele

¹⁹ Porte Petit Celestino. EVOLUCION LEGISLATIVA PENAL EN MÉXICO México, Ed. Jurídica Mexicana, 8ª., 1965p. 180.

mérito con mesura porque el propio código penal nacional tuvieron la visión para poder intuir en circunstancias de mayor trascendencia constituyendo así un moderno precedente en la fecha respecto de la sanción penal y desde luego sirvió de base para al código penal establecido en el año de 1929, de tal forma que sirve de criterio orientador el admitir que el código de 1871 es un documento de orientación clásica influido levemente por un espíritu positivista, básicamente en lo que se refiere a las medidas preventivas y a la libertad preparatoria, lo cual en esencia destaco su carga positivista.

En lo que respecta al tema del concurso de delitos o colisión de normas penales el código de 1871, resulta intrascendente dicho cuestionamiento en virtud que únicamente en lo que corresponde al título primero en su capítulo segundo aborda la consideración de acumulación de delitos y faltas, con lo cual no establece realmente una disposición sustantiva al respecto, ahora bien y por otra parte en lo que se refiere a los delitos cometidos contra la moral en su título sexto establece una denominación referida "delitos contra el orden de las familias", la moral pública o las buenas costumbres y a su vez considera como capítulos los siguientes: Delitos contra el estado civil de las personas (I) ultrajes a la moral pública o las buenas costumbres (II) atentados contra el pudor, estupro, violación (III) corrupción de menores (IV) raptó (V) adulterio (VI) bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales (VII) provocación a un delito, apología de este o algún vicio, de dicho título se desprende que en el ordenamiento penal de 1871, no queda claramente establecido cual es el agraviado específico en tal circunstancia, puesto que consideran a los delitos del orden sexual como dentro de los cometidos en agravio de la moral pública y lo cual realmente resulta cuestionante incluso en la actualidad puesto que tal vez los delitos de corrupción de menores y el lenocinio actualmente incluido son circunstancias que mas bien deberían estar tuteladas en los delitos considerados contra la libertad sexual,

puesto que tutelan como bien jurídico la libertad sexual de las personas aunque desde luego la intención del presente trabajo es distinta a tal aseveración aunque la misma pudiera dar motivo a sostener una tesis respectiva de tal forma que el llamado Código de Martínez de Castro según su aportación desde luego clásica conoció en la evolución de los delitos contra la moral una confusión que en su predecesor se pretendió dejar aclarada.

Al estudiar los cambios de orientación impresos al derecho penal mexicano, aparece claro, al menos desde que existe en este país una legislación sustantiva de alcance federal, que la doble vía caracterizada de modo tan tajante como una coexistencia de pena retributiva y medida de seguridad preventiva, ha distado de darse siempre en toda su pureza. Un código como el de Martínez de Castro, puesto en vigencia en 1871, es decir, antes de hacer su aparición en Italia la Escuela Positiva y en Alemania la Escuela Sociológica capitaneada por v. Liszt, no exhibe los rasgos de un clásico código penal retribucionista, sino como se ha dicho con acierto, "una marcada tendencia pragmática utilitarista con acento correccionalista". Y puesto que el pragmatismo utilitarista está evidentemente mucho más cerca del positivismo que el retribucionismo, no resulta demasiado sorprendente, según hemos dicho en otro lugar, que el positivismo haya seguido campeando en el derecho penal mexicano hasta época recentísima. No discurriremos aquí, conforme lo han intentado algunos, en torno del grado en que en esto puedan haber tenido remoto influjo claras inclinaciones comtianas, identificables en el pensamiento filosófico mexicano de cierta época.

Asimismo, ha habido intentos de contar con ordenamientos tipo, a fin de consolidar un solo sistema de justicia penal, intentos que no han fructificado, y en que no se ha insistido desde el año 1963.

3).-CODIGO PENAL DE 1929

El 30 de septiembre de 1929 fue expedido un nuevo Código Penal, debido principalmente a José Almaráz. Sancionado sin exposición de motivos, estuvo vigente desde el 15 de diciembre de 1929 al 17 de septiembre de 1931. Con él volvió a suprimirse la pena de muerte y sitúo en su centro al delincuente. Fue un texto muy criticado, que por su extensión y preciosismo teórico no era fácilmente manejable en su tiempo. El Código penal vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal fue publicado en el Diario Oficial de la Federación , el 14 de agosto de 1931. La comisión redactora estuvo integrada por José López Lira, José Ángel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre y Ernesto Garza. Su contenido ha sufrido profundas y variadas modificaciones. De ellas, la más significativa es la publicada en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984.

Debe decirse que básicamente la intención del código penal de 1929 tuvo como antecedente el criterio de proyectar una legislación penal fundada en la escuela positiva, siendo entonces que resolvió cambiar radicalmente el principio básico del código en sus circunstancias y quiso aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso y basar el proyecto en el principio de la inexistencia de delitos sólo delincuentes, pero tal y como lo refiere uno de sus propios autores el código en mención lograron que su estructura realizara real y efectivamente el pensamiento positivista que los animó en cuanto a que incorporaron a la legislación mexicana los principios doctrinarios de Ferri, aunque sin crear en torno de ellos todo su sistema de articulado nuevo, aunque debe decirse que tal circunstancia lejos de beneficiar provocó problemas reales en cuanto a la técnica jurídica y la contradicción constitucional del espíritu en esa materia pero tal es su existencia tan soguzgada que incluso muchos autores de le época fueron

terminantes en cuanto a su existencia tal como Jiménez de Asúa, citado por el profesor Porte Petit:

El Código de 29 es un disparatadísimo y voluminoso Código, que da la sensación como escribiría uno de los más ilustres y finos espíritus alemanes, de estar escrito para otro planeta. En otra parte hace hincapié en que "quienes se fíen de apariencias filiarán inmediatamente al nuevo Código Mexicano entre las leyes oriundas del positivismo".²⁰

Es clarísimo y tal vez por resultado de la turbulencia de la época las graves críticas como las encomiables defensas de los que salieron en su ayuda de el propio código penal de 1929, de tal forma que la comisión relatora del código penal de 1929 con la mirada fija en el derecho penal del porvenir quiso sentar como base del sistemas sancionador la temibilidad o peligrosidad del delincuente, basado tal vez en la fórmula de Garofalo, "la perversidad constante y activa del sujeto" lo cual quiere decir que se toman aspectos subjetivos no sólo del hecho delictivo sino del mismo sujeto, sirve entonces el criterio de nueva cuenta en esta ocasión publicado el 18 de febrero de 1930, según Jiménez de Asúa, expresa:

EL PENALISTA ESPAÑOL ESCRIBIO VARIOS ARTICULOS SOBRE EL CODIGO PENAL MEXICANO.- En el publicado el 18 de febrero de 1930, en "El Universal", respecto de la orientación científica del Código Jiménez de Asúa. Expresa:

"Quienes se fíen de apariencias filiarán inmediatamente al nuevo Código Mexicano entre las leyes oriundas del "positivismo penal" no voy a debatir en tan impropia coyuntura si esto es un mérito o una desventaja; está lejos de mi designio fallar sobre una escuela que se avejenta y retrasa. Tal vez hoy en orden a las tareas legislativas podría decirse que existe una escuela rusa, nacida de

²⁰ Porte Petit Celestino. EVOLUCION LEGISLATIVA PENAL EN MÉXICO, op. Cit., p. 35.

positivismo, pero remozada y mas audaz. Desde luego, el Código de México no es colindante con el de Rusia, sino con los principios que hace más de medio siglo trazaron los "positivistas" italianos. Tres de sus piedras de apariencia angular, responden a la orden "positiva".

La nueva ley se propone la defensa social, puesto que el artículo 68 dice que: "el objeto de las sanciones es prevenir los delitos, reutilizar a los delinquentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa social exijan." Ciertamente que este postulado no basta para atribuir el Código de México al escaso grupo de leyes positivistas, ya que también la política criminal admite el objetivo de defensa. Pero obsérvese que los Códigos y proyectos de tipo ecléctico tratan de lograrlo con penas para los imputables y medidas de seguridad para los peligrosos, en tanto que el nuevo código mexicano, inspirado en este punto en la terminología del proyecto de Ferri, que se publicó en Italia en el año de 1921, sólo habla de sanciones en el título segundo de su libro primero. El reciente Código de México, acepta la fórmula de responsabilidad social o legal, tan arduamente defendida por los positivistas italianos; así, en el repertorio de las "circunstancias" que excluyen la responsabilidad, no figura el "estado psíquico anormal" de "orden patológico", más que cuando sea "pasajero" y tampoco se incluye la edad infantil. Los dementes y los niños son legalmente responsables; por eso el artículo 72 enumera las sanciones que deben imponerse a los "delinquentes en estado de debilidad o anomalía mentales" y el artículo 71 consigna las que han de aplicarse a los delinquentes menores de dieciséis años, que luego se dañen y reglamenten en los capítulos IX y X del título segundo atrás enunciado. Finalmente, el Código de México parece fundarse en la doctrina de la peligrosidad subjetiva, ya que dice en su artículo 32 "A todo individuo que se encuentre en estado peligroso, se le aplicará una de las sanciones establecidas en este Código para la defensa social.

Se considerará en estado peligroso: a toro aquel que, sin justificación legal, cometa un acto de los conminados con una sanción en el libro tercero aun cuando haya sido ejecutado por imprudencia y no consciente o deliberadamente." Prescindimos de que este concepto es por demás incompleto, por dar excesivo predominio al sistema objetivo del crimen, para fijarnos tan sólo en que tal noción exigiría un amplio margen de arbitrio judicial, nuevamente reclamado por el texto del artículo 47 al decir que "las circunstancias atenuantes o agravantes de terminan la temibilidad del delincuente y la graduación de las sanciones (penas). Pero es el caso que, salvo en algún pasaje episódico, este Código, sobremanaera casuístico, lleno de definiciones positivas y negativas de requisitos por afirmación y por negación, de fórmulas mensuradoras de los grados de la pena, etcétera, etcétera, traba como a los magistrados y con sus ingenuas ambiciones de preverlo todo, inhabilita con hechos lo que sólo enunció con palabras. Por tanto, me atrevería a afirmar que la estructura y la dinámica de esta ley, no se alterarían en un ápice si se suprimieran esos principios de exterior modernidad, ajenos a su real economía, como postizos que se colocan con poco acierto en una obra vetusta y que contrastan con su técnica arcaica a manera de afeites en rostros ajados. Donde el Código de México contiene los más desconcertantes preceptos es precisamente en su aspecto técnico que estudiaré en próximo ensayo, donde, a la vera de normas incompatibles con el vigente progreso, instala preceptos del todo exóticos en el área jurídico-penal."²¹

Ya había postulado Almaraz ese monismo para su Código de 1929, proclamando enérgicamente; "...no habrá intervención penal cuando no exista temibilidad en el agente, cuando en él no se compruebe estado peligroso alguno". Otra cosa era que obstáculos insalvables opuestos por la Constitución le hayan

²¹ Ceniceros José Ángel. CÓDIGO PENAL DE 1929, México, México, Ed. Talleres gráficos de la nación, 1ª. 1931, p. 19.

impedido prescindir hasta del apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*, como habría sido su designio, y que se hubiera visto forzado a una transacción en que un sistema de sanciones dirigidas a prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles (art.68 del Código de 1929), consistentes en extrañamiento, apercibimiento, caución de no ofender, multa, arresto, confinamiento, segregación y relegación, más las muy variadas reservas a los menores, y las diversas especies de reclusión para los "delincuentes" enfermos mentales, los toxicómanos y los sordomudos, sanciones todas ellas de duración indeterminada, no afectarían a todo el universo posible de los transgresores a la ley penal, pues coexistían con las conminadas para quienes no se hallaban en las expresadas situaciones, y que eran y son la mayoría. Se daba que, en el Código Almaraz lo que alguna vez ha calificado de base asimétrica de imputación, esto es, un régimen de doble vía de acusada tendencia monista en torno del polo de la peligrosidad, régimen aceptado, por cierto, a regañadientes por José Almaraz y demás que lo diseñaron.

El Código Penal de 1929 debe considerarse completamente en su volumen, puesto que de los 1228 artículos contenidos existe una exagerada ampliación de delitos que lejos de clarificar confunden, en lo que respecta a los delitos cometidos contra la moral pública, estos fueron considerados en el libro tercero, título octavo, mismo que consideró a los delitos contra la moral pública considerando como los ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, observándose una importante modificación a este título, puesto que su antecesor incluyó de manera errónea dentro del mismo título a los delitos del orden sexual y a la moral pública y cabe referir que la separación de ambos apartados obedece tal vez a su determinación con carga positivista del código de 1929, por lo que incluye como delitos la corrupción de menores, de lenocinio, de la provocación de un delito y de la apología de este o de algún vicio de tal forma que la aportación mas importante

es la consideración y existencia del delito de lenocinio que ya en la época se conocía como la trata de personas y debe decirse que de igual forma el ordenamiento penal considera calificables las conductas del orden moral en circunstancias que son evidentes de carácter o de índole sexual y que en la actualidad el código en una intención de ampliar el ejercicio de la acción penal incluye circunstancias punitivas en situaciones de libertad sexual al respecto.

4).-CODIGO PENAL DE 1931

En lo que respecta al Código penal de 1831, debe decirse que como antecedente el mismo se tiene el anteproyecto que con fecha 15 de diciembre de 1830 aparece firmado por la ya entonces comisión redactora integrada por los señores licenciados José López Irujo (Procuraduría General de la Nación , José Ángel Ceniceros⁸ Por la Secretaria de Gobernación) Luis Garrido por la Procuraduría General de Justicia federal y territorios federales) Alfonso Teja Zabre por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Ernesto G. Garza por los Tribunales Penales, comisión que una vez conformada y previo sus estudio se procedió a la elaboración del ante proyecto que se presentaría al Presidente de la Republica , lo anterior obedeció al evidente fracaso del Código penal de 1929 que incluso el mismo presidente Portes Gil llevo a cabo el nombramiento de la nueva comisión antes señalada la cual como se ha mencionado tuvo una destacada intervención de juristas de la época los cuales fueron a su vez designados por las dependencias a las que pertenecían y que tal vez de tan magnificente alcurnia en el ámbito jurídico su trabajo tuvo como resultado bastantes errores tal vez doctrinales y hasta confusos en si mismos y es del conocimiento que el ordenamiento jurídico en mención fijo sus orientaciones basándose principalmente en doctrinas tan diversas como contrarias, lo cual le mereció el nombre de ecléctico aunque cabe decir al respecto que la propia

exposición de motivos sostuvo importantes consideraciones que mas adelante se refieren resultando tal vez claro y discutible la existencia misma tal exposición de motivos como documento precedente al Código Penal de 1831, puesto que definitivamente el mismo José Almaraz en diversa publicación hace referencia a la inexistencia de la exposición de motivos mientras que por otra parte ya el mismo Jiménez Asúa refiere tal circunstancia, lo cierto es que resulta fundamental el referirse y traer a comentario la Expresión de la comisión redactora:

Ninguna Escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar integralmente la construcción de un Código Penal solo es posible seguir una tendencia pragmática y ecléctica, es decir práctica y realizable.²²

El anterior comentario viene a confirmar que efectivamente el Código penal de 1931 que nos rige actualmente se trata de un efecto legislativo resultado de la unión de varias corrientes y que las mismas no siempre representaron similitud o bien compatibilidad de criterios y tal vez en un intento de manifestación se insistió que dicho documento se trataba de una circunstancia incorrecta y absurda pues siempre se cuestiono que el nacimiento de toda reforma o precedente legislativo se encuentra acompañado de criterios en su esencia propia de tal forma que el arranque de la proyección legislativa de la época se encuentra indispueto como lo refirieron autores de la época y como la mayor parte de los tratadistas mexicanos han expresado al respecto.

A nivel internacional nuestra legislación penal mexicana específicamente al Código penal de 1931 se encuentra plagada de comentarios no en todo favorables pero en la mayoría aceptable pues durante ese tiempo se

²² Almaraz José ALGUNOS ERRORES Y ABSURDOS DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE 1931, México, Ed. Botas, Primera edición, 1941, p. 26.

considero que los Códigos penales de 1931 mantenían los principios generales modernos de la legislación, afirmándose que en el caso de nuestro país resultaba fundamental pues en este se encontraba en plena etapa de maduración por la correspondencia de la época y no solo en el orden legislativo puesto que en lo general y extenso del territorio resultaba un segundo y grave problema el de su aplicación pero de ninguna manera escapamos a las ideas que genero el ordenamiento jurídico puesto que tal vez por el criterio de la época se tuvo al derecho penal como una concepción en la cual se consideraba que debía este derecho salvaguardar no solo el orden sino la moralidad y del organismo social históricamente constituido entendiéndose que la norma penal se adhería a un principio ético en contra de fuerzas inmorales o a un orden ético superior como precisamente se han referido por parte de los autores de la época, pero importante es referir que sí existen principios generales de la Legislación Penal de 1931, y de los cuales se destaca el principio de la defensa social y por otra parte la peligrosidad criminal que traducido en sus términos se refieren a la exterminación de incongruencias derivadas de teorías de las cuales su eje se basaba en la pretensión moralista de la pena castigo y ocasionar con ello un terror de la pena misma, por lo que habrá que decirse que según el Código se puso en practica al adecuación de la sanción penal a las exigencias de la defensa civil relacionadas con el criterio de la peligrosidad social del reo que a su vez estarían íntimamente relacionadas con las garantías procesales penales, pero habrá que decir que según los Italianos los Código de 1931 presentan un lado débil en lo que se refiere al valor practico de los principios.

El anteproyecto del código penal de 1931 para el Distrito y territorios federales redactado el 15 de diciembre de 1930, consideró al título octavo considerando a los delitos contra la moral pública; Ultrajes a la moral pública o las buenas costumbres, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y

apología de este o algún vicio de lo cual debe decirse que la atención respectiva a dicho título ha merecido atención importante durante el tiempo de evolución de la ley penal puesto que según se aprecia el mismo ha sufrido diferentes modificaciones tanto en su texto como en la apreciación precisamente el artículo 200 fue reformado por decreto de fecha veintiséis de enero de 1940 y publicado en el diario oficial de la federación con fecha catorce de febrero del mismo año. Así mismo en fecha veintinueve de diciembre de 1950 fue reformado el artículo 203 y dicha reforma fue publicada en el diario oficial de la federación el quince de enero de 1951 pero se ha considerado de gran importancia la reforma de fecha catorce de enero de 1966 misma que de manera sustantiva se expuso el cambio de denominación al título octavo que según exposición de motivos se expuso la necesidad de tutelar el aspecto moral y social de los menores pues se considero que en aquella actualidad se encontraban sujetos a disfunción los valores ético sociales y morales de la época pero esto sobre todo referido a los menores de edad pues se considero fundamental como en la propia exposición del entonces diputado Felipe Gómez Mont:

Proponemos modificar en parte importante el título octavo del libro segundo del Código Penal, para ampliar los tipos de los delitos previstos y sancionar penalmente a quienes ultrajen la moral y las buenas costumbres, o corrompan a la niñez y a la juventud, no sólo en lo que respecta a una correcta vida sexual, sino induciéndolos a depravaciones y prácticas de otros tipos, que dañan la salud física y mental de los menores y corrompen las buenas costumbres.²³

Se puede afirmar que, dentro de este capítulo, el bien jurídico tutelado no es el de la honestidad, como lo señalan algunos códigos, sino un ambiente social

²³ Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, México, Diario Oficial de la Federación, 17ª reforma, 1965, p.12.

sano y apto para el mejor desarrollo de la vida del menor, de la familia y de las instituciones sociales. Esta noción del bien jurídico tutelado ya había sido recogida por el Código que se reforma, cuando, dentro del Título que se analiza no sólo se limitó a describir tipos contrarios a una moralidad sexual, sino también a la inducción a la mendicidad, el empleo de menores en centros de vicio, tabernas y cantinas y la provocación de un delito y la apología de éste o de algún vicio.

Queda claro que, conforme a nuestra tradición, el bien jurídico tutelado por la Ley Penal no se restringió al concepto de moral sexual, sino también a las buenas costumbres, cuya adecuada tutela permite y propicia el desarrollo de un medio social sano.

A través del desarrollo y aplicación de la normatividad penal que en el se contenían resultó la modificación por decreto desde luego presidencial por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos Gustavo Díaz Ordaz, a través del congreso de los Estados Unidos Mexicanos:

REFORMAS AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

ARTICULO PRIMERO.- Se reforma la denominación del Título Octavo y del Capítulo I del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y el artículo 200 del propio código en la siguiente forma:

TITULO OCTAVO

Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres.

CAPITULO PRIMERO

Ultrajes a la moral pública

ARTICULO 200.- Se aplicará prisión de seis meses o cinco años y multa hasta de \$10,000.00

I.- Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y al que los exponga, distribuya o haga circular;

II.- Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas.

III.- Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal.

ARTICULO SEGUNDO.- Se reforma el artículo 201 y se adiciona con un párrafo segundo al artículo 202 del Código Penal, para quedar como sigue:

ARTICULO 201.- Se aplicará prisión, de seis meses a cinco años, al que facilite o procure la corrupción de un menor de dieciocho años de edad.

Comete el delito de corrupción de menores el que procure o facilite su depravación sexual, si es púber; la iniciación en la vida sexual o la depravación de un impúber, o los induzca o incite a la práctica de la mendicidad, de hábitos viciosos, a la ebriedad, al uso de tóxicos o drogas heroicas a formar parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito.

Cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y debido a ello éste adquiera los hábitos del alcoholismo, uso de drogas heroicas o de sustancias tóxicas, se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales, o forme parte de una asociación delictuosa, la pena de prisión será de cinco a diez años y multa hasta de veinticinco mil pesos.

Si además de los delitos previstos en este capítulo resultase cometido otro, se aplicarán las reglas de acumulación.

quedar como sigue;

ARTICULO 208.- Cuando la mujer cuyo cuerpo sea explotado por medio del comercio carnal, sea menor de edad, se aplicará al que encubra,

concierte o permita dicho comercio, pena de cinco a diez años de prisión y multa de mil a cinco mil pesos.

Es de observarse de manera clara que en esta parte de la reforma existe una importante modificación no refiriéndose a la cuestión de la reforma en si no realmente en el contenido que se maneja respecto del contenido de índole sexual en el que se trata el tema pues se observa claramente la inversión del factor moral por el factor sexual y es precisamente en esta parte donde podemos corroborar jurídicamente la orientación legal del título, de delitos contra la moral pública allegándose la confusión que en este acto se crítica.

5).- REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 1985- 2001

A partir de la creación del Código Penal de 1931, este ha tenido diferentes reformas a lo largo de los años de entre las cuales se encuentran la mayor parte de dispositivos que ayudan a entender al Código Penal desde el punto de vista ecléctico, aumentando con mayor razón la fusión de teorías penales en sus modificaciones, la reforma a la normatividad penal sustantiva se inició casi con la entrada en vigor del Código Penal que actualmente nos rige y los cambios introducidos durante el período comprendido entre 1931 a 1982 fueron escasos, aislados y realmente sin obedecer algún criterio definido en materia de política criminal, pero debe decirse que en estricto sentido resulta que los avances en la materia tal vez fueron antecesores y motivaron aunque básicamente En el período comprendido de 1983 a 1985 se llevó a cabo una revisión profunda del Código Penal sustentada en las mas avanzadas teorías penales y tratando de reafirmar la creación ideológica de los derechos humanos como instrumento regulador de las instituciones de procuración y administración de justicia, circunstancia que en la siguiente década tuvieron aun mas realce y fueron el tema

más importante del derecho penal. Pero fundamentalmente toda la aplicación de la ideología reformista se encuentran establecida en la reforma del año de 1994, la cual de gran importancia resulta los fundamentos teóricos del delito, pues la reforma del 10 de enero de 1994 Introduce, la punición de conductas en el caso de la comisión por omisión, a las personas que tienen el deber de evitar el resultado lesivo del bien jurídicamente tutelado, al respecto sirve de comentario lo que expresa Olga González Mariscal:

"La reforma penal durante estos años también observa partes de técnica de depuración pues cancela la preterintención, que se había incorporado al código Penal el 13 de enero de 1984 y donde hace ajustes significativos en las ahora denominadas causas de exclusión del delito. Incluyendo como tales; la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento real, tanto expreso como tácito, así como el consentimiento presunto, y la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Excluyendo el impedimento legítimo, el miedo grave, y el temor fundado y, regulando también, de manera completa, la problemática del error. Finalmente, prescribe, con acierto, que las causas de exclusión del delito se deben investigar de oficio."²⁴

Debe decirse que según la autora la introducción de los fundamentos teóricos respecto del delito resulto de gran importancia para poder dar forma a un código Penal que si bien es cierto no tiene un criterio básico en cuanto a su teoría no menos cierto es que fue un intento de dar realce al aspecto formal del Código y debe decirse que el mayor aporte de la reforma pudiera darse en cuanto a la ubicación de las causas de exclusión del delito, mismas que según la teoría deben investigarse de oficio con lo cual es una circunstancia importante para efectos de

²⁴ González Mariscal Olga REFORMAS PENALES EN LOS ULTIMOS AÑOS EN MÉXICO 1995, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 2001, p. 8.

la utilización del derecho penal, En lo concerniente a la aplicación de sanciones la misma reforma de 1994, postula el principio de culpabilidad propio de una política criminal democrática, y deja en el pasado el principio peligrorista que orientaba la individualización de la pena. Por otra parte, consagra, en atención a los delitos culposos, mismos que se entendieron de manera clara como circunstancias imprudenciales o bien conductas donde la intención no tenía un sustento y por lo mismo era muy claro que la penalización debiera tener ciertas consideraciones para las personas que pudieran ser sujetas de imputación al respecto. En cuanto a las penas, destacan los cambios relativos a la pena de prisión y a la reparación de daños la pena de prisión, que en 1994 había llegado en su máximo a cincuenta años, en 1999, se elevó a sesenta años, Estas agravaciones son irracionales porque ni cumplen con la finalidad de prevención general y especial, ni disminuye la espiral ascendente de la delincuencia. Ineficacia que ha sido suficientemente comprobada por los especialistas, y pareciera ser que en la actualidad es la mayor intención de la sociedad y desde luego objetivada en las leyes que hace realmente incomprensible que habiendo tanta información y criterio la reforma penal vaya en retroceso al respecto.

Por lo que respecta a la reparación de daños, se han dado avances significativos a favor de la víctima del delito. Lamentablemente, sigue siendo considerada como pena pública, salvo en los códigos penales de reciente creación, como el de Morelos y el de Tabasco, que reconocen su naturaleza civil, lo cual permite al ofendido intervenir como autor principal en el juicio penal y sin perder el auxilio permanente del Ministerio Público.

Es importante considerar que la ley se ha convertido en punitiva en exceso a tal grado que la cárcel es un hogar mas que una readaptación lo cual deja de lado la parte más importante del derecho penal sirviendo de base lo que al respecto escribe Olga Islas de González Mariscal

"En cuanto a la concesión de los sustitutivos penales y de los beneficios que la ley otorga, consistente en: sustitución, conmutación y suspensión condicional de la pena, y libertad preparatoria. Éstos han venido sufriendo serias restricciones, con lo cual se desvirtúa su función de propiciar la readaptación social. Esta reducción, unida a la agravación de la punibilidad, al margen del valor del bien protegido, produce, sin más, la renuncia a la prevención general y a la instauración, pura y simple, de la represión que caracteriza a los regímenes políticos autoritarios." ²⁵

Al respecto debe decirse que a partir del año de 1994, ya no existe un sistema de aportación penal importante hablando de la cuestión doctrinaria en cuanto a la aplicación de la pena, sobre todo porque a partir de ese año incluso en la actualidad pareciera ser que la sociedad exige un clima de linchamiento en contra de los sujetos activos del delito aumentando la pena de manera irracional, con lo cual se desestima un aplicación correcta de la ley y peor aun se busca intimidar al delincuente sin que realmente ello exista, circunstancia que en la actualidad ha sido de regocijo social, así también puede decirse que hubo aportaciones a los derechos de las víctimas aunque con ello al igual al aumento de las penas no existió ningún avance en suma es correcto el comentar que las reformas posteriores al año que se indica si bien no fueron equivocadas dieron origen a un alto sentido de punibilidad legal.

En la parte especial, las reformas más trascendentes se han presentado como un intento breve de beneficiar al reo ya que establece, por primera vez, el trabajo a favor de la comunidad como pena autónoma en relación a varios delitos con la finalidad de reducir la pena de prisión a los casos en que ésta sea insustituible.

²⁵ Islas de González Mariscal Olga LAS REFORMAS PENALES DE LOS ULTIMOS AÑOS EN MÉXICO, op. Cit. , p. 35.

Modifica un número considerable de tipos penales, para actualizarlos y precisar la materia de la prohibición, entre otros, los delitos electorales y en materia del Registro Nacional de Ciudadanos, a los cuales adiciona nuevos tipos penales artículos 411, 412 y 413, tipos que se vuelven a modificar en 1996 (22 de noviembre). Reestructura en forma consistente todo el Título Séptimo que regula los delitos contra la salud e incorpora en él nuevas calificativas con punibilidades tan graves que llegan hasta los cuarenta años de prisión, posiblemente en atención a que se trata de delitos que corrompen a la sociedad; asimismo agrega un apéndice, a manera de guía, que contiene la lista de las sustancias y las cantidades prohibidas. Más adelante, en 1996, se incorporan las conductas relacionadas con precursores químicos, para complementar la normatividad existente.

La reforma del 13 de mayo de 1996 tuvo como finalidad primordial diferenciar en muchos renglones el tratamiento de los delitos graves y los delitos no graves, endurecer el trato para los reincidentes y reducir la aplicación de la sustitución, conmutación y suspensión condicional de penas y de la libertad preparatoria, puntos centrales en el desvío que ha tenido el derecho penal. El 7 de noviembre de 1996, se explicita y amplía el tipo de intervención de las comunicaciones privadas (artículo 177).

El 30 de diciembre de 1997 y en enero de 2000, se modifican de manera sustancial los delitos de corrupción de menores y se les asocian punibilidades muy altas, de siete a doce años de prisión para los tipos simples y, hasta veinte años para algunos tipos calificados. En esta misma ocasión, se adiciona la pornografía infantil, también con penas muy elevadas llegando hasta dieciséis años de prisión en los tipos simples y hasta los veintiún años en los tipos calificados, punibilidades, todas éstas, arbitrarias, que no obedecen al valor del bien tutelado.

Debe decirse que es precisamente en esta reforma cuando se inician los aspectos de modificación al Código Penal en el cual se amplían las hipótesis de punición al grado de que estas llegan a serlo tanto que llegan a confundirse con otras figuras penales incluidas en el mismo título como lo es precisamente el caso de la corrupción de menores y el lenocinio, tal y como se abordará en posterior explicación y debe decirse que es aquí cuando se inicia de manera especial dichas contravenciones que acarrearán como resultado problemas de la aplicación de la ley penal y puede decirse que tal vez dichas implicaciones fueron resultado a su vez de la reforma penal en cuanto a los elementos del tipo penal, puesto que incluso al carecer de alguno de los elementos podía declararse que no existían los elementos del tipo y por ende tenerse por inacreditada toda la secuela procesal.

CAPITULO III

DIVERSAS NORMAS EN LAS QUE SE PRESENTA EL CONCURSO APARENTE Y RELACION ENTRE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES Y LENOCINIO AGRAVADO

1).- UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

La concurrencia de normas incompatibles entre sí, tiene su origen, atendiendo a los diversos principios que la rigen en el llamado de especialidad; es ahí donde encontramos el nacimiento del tema que nos ocupa, recurriendo al principio "in toto iure generi per speciem derogatur", expuesto por Papiniano, lo cual en estricto sentido refiere una calidad específica de la ley en contra de otra tan es así que al respecto Antolisei, refiere opinión en los siguientes términos:

A nuestro modo de ver, un solo criterio, el principio de la especialidad, es necesario y suficiente para aclarar las dudas que se presentan en materia de concurso aparente de disposiciones simultáneas. Este principio, ya reconocido por los jurisconsultos romanos (In toto iure generi per speciem derogatur), se encuentra expresamente sancionado en nuestro Código, que en el artículo 15 establece: Cuando varias leyes penales o varias disposiciones de una misma ley penal regulen una misma materia, la ley o la disposición de ley especial deroga la ley o la disposición de ley especial, a no se que se establezca otra cosa."²⁶

Comentario el cual si bien aparece práctico para la resolución se insiste que no es adecuado en términos jurídicos específicos para su correcta aplicación, por otra parte, los glosadores del Derecho Romano hacen alusión a la concurrencia de normas incompatibles entre sí, pero dirigido al principio de consunción, expresado en la fórmula *lex consumens derogat legi consueta*.

²⁶ Antolisei Francisco, MANUAL DE DERECHO PENAL, op. Cit., p. 108.

Dentro de la escuela clásica, advertimos el principio de subsidiaridad basado en el principio *lex primaria derogat legi subsidiaria*. Sin embargo, el estudio sistemático de la cuestión propuesta lo encontramos en Adolfo Merkel, pues da una concepción clara de lo que es el concurso aparente de normas y al efecto, se puede decir que es uno de los primeros autores en estudiarlo y darle una denominación específica, por lo que a dicho autor se le asocia en Alemania y a nivel internacional y se otorga una definición basada en aquellos casos en que solamente existe un delito pero este único delito por sus características, puede ser sometido a diversas leyes, entre las cuales existe una porfía aparente por apoderarse del hecho”.

Es importante precisar, que dentro de la sistemática jurídico-penal y al considerar un conjunto ordenado de conocimientos como condición de toda disciplina jurídica, da lugar a una correcta interpretación de la ley. Por ello la concurrencia de normas incompatibles entre sí, la encontramos atendiendo a distintos criterios, en diversos lugares, por lo que para efecto didáctico se definen los criterios de la siguiente forma:

Primera postura: se precisa dentro del concurso de delitos y si sabemos que existen dos esferas del delito, es decir, que la primera comprende la existencia e inexistencia del mismo y la segunda, las llamadas formas de aparición o manifestación del delito, es en ésta donde debe estudiarse el tema que nos ocupa. Ahora bien, aun cuando podemos señalar la existencia de algunas cuestiones correlativas entre el concurso de delitos y la concurrencia de normas incompatibles entre sí, su naturaleza es diversa. Sostiene el criterio anterior, entre otros autores: Eugenio Cuello Calón.

Segunda postura: estima que la concurrencia de normas incompatibles entre sí, debe quedar comprendida en la teoría de la ley penal,

puesto que se está en presencia de la aplicación de la propia. En tal virtud, con todo acierto, Celestino Porte Petit, refiere:

Para determinar cual es el lugar que debe ocupar el tema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, debemos inquirir qué es lo que se trata de resolver en este problema. Y es incuestionablemente un problema de aplicabilidad de la norma penal; saber de dos o más normas que regulan una materia o un caso, cual de ellas es la aplicable y cual de ellas queda excluida. En consecuencia, la colocación correcta de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, debe ser la teoría de la ley.²⁷

Tercera postura: Otro punto de vista, radica en que se coloca la concurrencia de normas incompatibles entre sí, en la teoría de la pena y se apoya en la necesaria existencia entre el delito y la pena, y a mayor precisión, en la aplicación de ésta última, compartiendo este punto de vista Adolfo Merkel y Ernesto Von Belling.

Cuarta postura: Por su parte Sebastián Soler, se coloca en un punto de vista distinto, pues ubica el tema que nos ocupa en la adecuación típica, o sea, que la concurrencia de normas incompatibles entre sí se dirige a la relación de las figuras penales entre sí y en referencia a la subordinación al tipo legal. En función de nuestro parecer, la concurrencia de normas incompatibles entre sí, debe examinarse después del estudio del ámbito de validez de la ley penal, ya que este instituto jurídico, pese a su connotación tan especial que tiene, forma parte de la teoría de la ley y por ende, compartimos el criterio ya expuesto de Celestino Porte Petit.

²⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, México, Ed. Porrúa, 18ª Edición, 1999, p.171.

A más de las reglas examinadas sobre aplicación e interpretación de las leyes punitivas, hay otras, en forma taxativa o implícita, dentro del ordenamiento jurídico, que complementan los fundamentos de aplicación del Derecho penal.

Vamos a ocuparnos ahora de un importante grupo de esas reglas que resuelven las relaciones interferentes entre las diversas disposiciones penales, coordinándolas según su diverso rango, de modo que la aplicabilidad de unas se condicionen a la aplicabilidad o no aplicabilidad de otras. El problema surge en el proceso de subsunción, en el que hay que estudiar, por tanto, cómo se relacionan y jerarquizan entre sí las diversas figuras penales y hasta las variadas disposiciones de orden general. Ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, formado por distintas disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto; algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cuál 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 cuándo una disposición consiente o excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, respecto a la misma situación de hecho. A esto se llama conflicto aparente de disposiciones penales, que no sólo se presenta en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de la Parte general una circunstancia agravante o atenuante, por ejemplo. Decimos que es un conflicto aparente, porque el ordenamiento jurídico ofrece, de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso concreto. Este conflicto sería verdadero si el ordenamiento jurídico no ofreciese reglas para resolverlo; pero afortunadamente no es así.

El concurso aparente de normas no es un fenómeno jurídico exclusivo del Derecho Penal, pues si se observan sus características se caerá en la cuenta de

que su planteamiento rebasa ese campo y puede referirse a cualquier rama del derecho positivo. Ya Lent, en su *Die Gesetzeskonkurrenz in bürgerlichen Recht und Zivilprozess* se ocupó del concurso aparente de normas en forma por demás amplia, en el ámbito de los derechos civil y de procedimientos civiles.

El llamado concurso de delitos consiste en la concurrencia de varios delitos cometidos por un mismo sujeto activo. La concurrencia de varios delitos atribuibles a un solo agente delictivo ha planteado en la doctrina y en la legislación el problema de la aplicación de sanciones, de la pena o penas que deban imponerse. Para algunos autores el llamado concurso de delitos es un tema que corresponde a la teoría del delito, sea que lo ubiquen en el estudio de la acción, o bien del tipo; para otros debe analizarse este tema en la teoría de la pena; no faltan autores para quienes el concurso de delitos es un puente de paso entre la doctrina del delito y la de la pena; otros más opinan que el concurso de delitos es un asunto que corresponde al derecho procesal penal que lo regula en la llamada acumulación de autos, cuando se siguen diversos procesos contra una misma persona.

Debe aclararse sin embargo que sí resulta medular y fundamental el ubicar sistemáticamente a la colisión de normas de índole penal, puesto que dicha ubicación permite dejar claras diferentes posiciones, dudas y especulaciones con respecto del tema de tal manera que ha sido una preocupación constante el poder distinguir clara y precisamente al conflicto, aunque desde luego existan variadas y distintas opiniones al respecto que incluso lo llegan a ser de por sí confuso tema acercándose gravemente a una distensión de opinión.

Debemos reconocer que la cuestión de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, comienza a ser estudiada debidamente en Iberoamérica. Ya Jiménez de Asúa ha dicho "que este problema ha estado hasta hace poco casi inédito en lengua castellana". Por otra parte el conocimiento de esta materia es de

enorme importancia. Por ello Maggiore indica que "el problema del concurso de normas (muy lejos todavía de una sistematización dogmática satisfactoria y de una solución unívoca) no se plantea solamente como curiosidad científica, ante bien, responde a un interés práctico, ya que del decidir, entre varias normas concurrentes, cual conviene a cada caso, depende la determinación del régimen penal aplicable, si el de acumulación material o el de la absorción.

El origen del estudio del problema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, lo encontramos en Adolfo Merkel, desarrollado posteriormente por otros juristas, especialmente alemanes, hasta cobrar hoy día su debida enjundia.

Las denominaciones múltiples que ha recibido este instituto 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 normas", "concurso ideal aparente", "colisión de normas penales", "relaciones de las figuras entre sí", "concurso de normas o concurrencia de normas", "impropio concurso ideal" y "desplazamiento de los tipos secundarios por el primario".

Consideramos que la denominación que debe darse a este instituto es la de concurrencia de normas incompatibles entre sí, porque esta significa presencia de normas, aplicándose una de ellas y concurso de normas, presencia de normas, presencia de normas, aplicándose todas ellas. Von Liszt señaló, que la expresión "concurso de leyes", conduce a errores, ya que en verdad no puede hablarse de "concurso de varias leyes", puesto que, indudablemente, sólo una de ellas puede exigir aplicación.

Como se observa en la bibliografía, existen un sinnúmero de definiciones sobre la concurrencia de normas incompatibles entre sí.

Se puede decir que 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.

Para determinar cuál es el lugar que debe ocupar el tema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí, debemos inquirir qué es lo que se trata de resolver en este problema. Y es incuestionablemente un problema de aplicabilidad de la norma penal; saber de dos o más normas que regulan una materia, cuál de ellas es la aplicable y cuál de ella o ellas quedan excluidas, pero resulta básicamente interesante el entrar al estudio de las diferentes posiciones y ámbitos de los capítulos que traen consigo un estudio respectivo, razón por la cual el siguiente cuadro muestra la intención de reglamentar la ubicación sistemática.

TEMA		CRITERIOS	UBICACION
Concurso	Ubicación	1.- Posición Clásica	Teoría del Delito
Aparente	Sistemática	2.- Posición	Teoría de la Ley Penal
O		3.- Posición	Teoría de la Pena
Colisión de			
Normas penales		4.- Posición	Relación de Figuras Penales entre sí.
		5.- Posición	Teoría de la aplicación de las Normas

El cuadro que antecede a título de comentario y con fines didácticos, explica como el tema implícito respecto de la colisión de normas penales se puede ubicar o mejor dicho aun se ha llegado a ubicar con distintas opiniones basadas en criterios incluso antagónicos en cuanto a la doctrina, de tal manera que resulta de gran

importancia el establecer en que consiste cada una de las posiciones con que se han relacionado la ubicación sistemática en la dogmática penal del problema, al respecto resulta que la posición conocida como clásica establece la ubicación del conflicto en la expresión de la teoría general del delito, es decir, en la parte general del derecho penal y específicamente en el capítulo que corresponde a las formas de aparición del delito y desde luego abordando la relación de concursos que existe en dicha parte, resultando conveniente aclarar que desde el principio se ha dejado claro y se trata de establecer la diferencia que existe entre los concursos, ya sea ideal o material respecto de la colisión de normas penales, ya que estas figuras son dables a confundirse debido a su denominación en cuanto a la identidad de la palabra concurso, puesto que es importante dejar claro que en un concurso como terminología existe compatibilidad, mientras que en el conflicto o colisión las normas que en ella se encuentran, producen incompatibilidad, por lo cual de manera lógica y evidente no pueden concursar. Al respecto es prudente comentar que un real número de autores que han escrito doctrina y textos respecto de la teoría del delito, encuentran la existencia del tema en la misma e incluso al momento de elaborar sus obras disponen de un capítulo o apartado para comentarlo entre estos autores se puede distinguir precisamente al Doctor Francisco Muñoz Conde, quien en su texto de teoría general del delito establece como denominación al problema refiriéndose al concurso de leyes, pero de importancia resulta la aclaración que en sí mismo lleva a cabo, puesto que infiere que el concurso de leyes nada tiene que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de determinación de ley o precepto legal aplicable, cuando aparentemente son varios los que vienen en consideración, resultando claro entonces que aun y cuando la posición del autor se ubica en la esfera clásica considera correctamente la distinción del problema, así también existen diversos autores dentro de esta universidad que al escribir sus obras respecto de la teoría

general del delito de ninguna manera incluyen dentro de este apartado al conflicto de normas y desde luego tampoco emiten comentario debido a que no lo es prácticamente el motivo del texto, dentro de estos autores en mención encontramos a los doctores en derecho Eduardo López Betancour, Carlos Juan Manuel Daza Gómez e incluyendo al asesor del presente trabajo doctor Juan Andrés Hernández Islas, de tal forma que a criterio la ubicación sistemática del problema en lo que respecta a la teoría del delito es descartada.

En cuanto a la ubicación de la posición señalada en el cuadro como número tres misma que establece la ubicación del tema en la teoría de la pena esta ha sido ampliamente comentada y adquirida por un sinnúmero de autores, lo cual se encuentra versado en el criterio de inferir que efectivamente no existe una discusión íntegra típica de los delitos que concurren con motivo de la conducta o conductas desplegadas por un mismo sujeto activo y observan de mayor importancia el hecho radicado en qué pena o penas se van a aplicar si una por cada delito, sumándolas o bien la pena del delito mas grave con exclusión de las demás penas correspondientes a otros delitos o la pena del delito mas grave, incrementándola en alguna medida por las penas derivadas de los otros delitos cometidos a este respecto resulta según dicha posición que es de primacía el analizar las penas correspondientes y que han de aplicarse de tal forma que a esta posición se define claramente ubicando sistemáticamente a la colisión de normas en la teoría de la pena. Al respecto Adolfo Merkel, ubica el conflicto admitiendo que corresponde al campo de las relaciones entre los delitos y las penas, así como el capítulo referente a la eficacia de la ley penal de igual forma admitido también dicho criterio por Ernesto Bon Beling, puesto que incluso este autor establece dentro de su obra referido a la punibilidad subsidiaria, aunque ambos autores al hacer estudio respecto del tema dejan también claro que es fundamental la resolución mediante un correcto raciocinio en la interpretación del contenido de las

normas penales y debe decirse que tal afirmación fue compartida con posterioridad por muchos tratadistas del derecho penal, por lo que debe decirse que la forma de apreciar el problema si bien en principio pudiera parecer satisfactoria por apoyarse en la relación necesaria existente entre el delito y la pena es inexacto, ya que con independencia de que la pena constituya la consecuencia de la comisión del delito en el ámbito jurídico al enfoque teórico del problema atañe a la ley penal y desde luego a su forma mas precisa en su aplicación.

En cuanto a la cuarta posición resulta que la ideología relativa a la ubicación sistemática del concurso aparente de normas esta se ha tratado de referir propiamente al capítulo relativo a la tipicidad, considerando que en las figuras penales se advierte de la naturaleza de sus descripciones que no siempre existe entre ellas disyunción perfecta, puesto que un hecho encuadra en una figura determinada las demás figuras son neutrales o indiferentes respecto de cada situación con lo cual viene a aclararse la nula repercusión que una figura tiene respecto de otra, es decir, pero básicamente se refiere esta consideración a la cuestión de la unidad del delito, puesto que según se entiende para los tratadistas anexos a este criterio la unidad de acción refiere que cuando el sujeto lleva a cabo acciones con la finalidad de cometer un delito en ese inter se llevan a cabo actividades dentro de las cuales pueden existir acciones típicas en diversas disposiciones del orden penal pero al llevar a cabo un estudio penal esta figuras se controvierden.

Por último en lo que respecta a la posición que acepta a la ubicación sistemática del concurso aparente dentro de la teoría de la aplicación de las normas se dirige a concentrar la ubicación respectiva específicamente en lo que se refiere a la interpretación de la ley penal, ya incluso algunos autores han reafirmado el ubicar de igual forma al conflicto como una circunstancia de aplicabilidad de la ley entre ellos se pueden mencionar a Felipe Grisogni, Juan del

Rosal y otros muchos que de igual forma admiten y sostienen que el conflicto aparente de normas o mejor llamado colisión, se trata de un problema fundamentalmente de aplicación de la ley de tal manera que entonces se deben concentrar los estudios del tema hacia la parte que en el derecho penal se encuentra contenida para efectos de aplicación, sirve de criterio la siguiente cita:

Es dentro de la teoría de la Interpretación donde debe tratarse este tema pues el problema de la subordinación no es otra cosa que una parte en la tarea de interpretar la ley.²⁸

Es básico para entender el conflicto que su existencia se ubica como un problema de aplicación de la ley como efectivamente lo refiere su autor, ya que la premisa mayor de estudio respecto al tema se centra en cuestionarse y al mismo tiempo saber como se aplica la ley cuando es posible un encuadramiento múltiple del hecho persiguiendo seleccionar una norma correctamente aplicable, pero de igual forma cabe a ser distinción que nada tiene que ver esta figura jurídica en cuestión con el tema del concurso de delitos, puesto que su misma definición entraña su distinción de tal forma que es oportuno el referir que en el presente trabajo se adopta de manera clara el criterio concebido en que la existencia del problema del conflicto de leyes se ubica efectivamente dentro de la teoría de la ley penal, comulgando con la idea de que el conflicto se objetiva dentro de la aplicación de la ley penal, con ello es vital el hacer una crítica razonada a la mayor parte de los autores que tratan a la teoría del delito y dentro de ella ubican a tan importante conflicto.

Resulta también oportuno el manifestar la existencia de la teoría y sistematización del concurso de leyes, la cual han existido diversas discrepancias

²⁸ Fontan Balestra Carlos, DERECHO PENAL, Madrid, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2ª edición, 1975, p. 175.

de cómo y donde se debiera aplicar un modelo para una correcta aplicación y sistematización del tema, tan es así que incluso se puede referir que existen dos principales modelos para conceptualizar el concurso de leyes penales ya interpretados respecto de su fenómeno jurídico, existiendo así lo que se conoce como:

Modelo restrictivo

Modelo amplio

El primero de ellos pretende establecer la concurrencia abstracta de varias normas penales respecto de un mismo hecho el cual se puede decir que es un concepto que restringe el concurso de leyes, toda vez que no representa en teoría su existencia real, aunque bien cierto es que este modelo observa de manera clara y precisa los defectos que de manera importante se observan en la técnica legislativa, puesto que se parte de su existencia se debe a las ventajas de fijar conceptualmente dicho fenómeno en el ámbito de la convergencia de normas tan es así que autores como Mantovani establece como características principales del concurso aparente partiendo de las siguientes premisas:

Pluralidad de normas

1.- Identidad de Hecho que se deduce de las relaciones lógicas.

2.-Homogeneidad de las consecuencias jurídicas

Este modelo y la ejemplificación son resultado de una teoría progresiva que se ve involucrada con posiciones similares de los autores Antolisei, Conti y Vasalli, quienes consideran que existe el concurso de normas cuando estas concurren respecto desde un mismo hecho.

En lo que respecta al modelo amplio, se puede decir que existe en la mayor parte de la doctrina dominante aunque también se le ha conocido como teoría de la unidad y esta básicamente se refiere a dar exclusión al concurso aparente de normas de la teoría de concursos en lo general, ya que establece que no tiene efectos prácticos y sólo doctrinarios desvinculándolo así de la convergencia que

existe entre diferentes normas, resultando como principales autores de esta teoría a la mayor parte de los juristas españoles que han escrito respecto al tema.

2).- CONCURSO Y COLISIÓN ENTRE NORMAS PARTE GENERAL

Resulta básico el referirse para efectos de estudio el dejar claro la parte del derecho que nos ocupa en el presente apartado y su relación con los delitos que en el trabajo se acusan de COLISIONARSE dado que efectivamente según la mayoría de la doctrina dominante considera a la parte del derecho penal conocida como general se encuentra integrada básicamente por la teoría de la norma del delito y la pena razón por la cual es notorio que el examen correspondiente a la colisión de normas en la parte general representa una dificultad considerable debido a las especificaciones y complicaciones dogmáticas que en sí representa el derecho penal en este apartado y habrá que decirse que entre la parte general del derecho penal que conocemos en la actualidad, efectivamente se han desarrollado conflictos en relación a la competencia incompatible que general dos figuras jurídicas respecto de la misma situación de hecho la cual se ha distinguido básicamente en sus diferentes etapas, sin embargo parece oportuno apegarse a las consideraciones que al efecto realiza el maestro Pavón Vasconcelos, en torno al hecho que se presenta, en virtud que se considera que el autor de referencia es primordial y pionero en la materia referida a la colisión de normas, y habrá que decir que a su vez el precitado autor basa sus consideraciones en lo estipulado por Alfredo Etcheberry al mostrar su opinión en cuanto a tal acontecimiento por lo que resulta claro que según lo cita las hipótesis de conflictos surgidos entre normas de la parte general se considera de la siguiente forma:

a).- Concurrencia de conspiración y proposición.

b).- Concurrencia de grados de participación.

c).- Concurrencia de atenuantes y agravantes entre sí.²⁹

El problema en si se encuentra vislumbrado por la mayoría de los autores que se han referido al tema incluso aquellos que según sus aportaciones refieren su importancia aunque en realidad muy brevemente abordado toda vez que , la hipótesis señalada rebasa el ámbito de la parte general en su planteamiento y, aun en el caso de admitir la existencia de un concurso aparente en la concurrencia del primer apartado es decir conspiración y proposición , había que convenir en que ambas formas de exteriorización de la voluntad criminal sólo pueden ser consideradas en relación a un tipo concreto. La resolución manifestada, como es sabido, forma parte de la fase externa del proceso del delito, aunque en realidad no constituye una material, esto es, no es un acto material. Consiste en el acto mediante el cual el individuo exterioriza su idea por medio de la palabra. Aunque la simple resolución no constituye jurídica, en el sentido más amplio, pues como en lugar aparte lo precisamos, la exteriorización no vulnera jurídico, algunas en forma excepcional, elevan a la categoría de delito ciertas resoluciones manifestadas, por razones de índole muy especial, aun cuando en estricto rigor doctrinario y por su fisonomía propia no constituyen delito sobre todo por que nuestro sistema jurídico penal no adopta tal situación por lo que habrá que referirse que en la mayor parte y siguiendo con la ejemplificación que llevara a cabo el autor en cita se refiere precisamente a los comentarios realizados por el jurista chileno Alfredo Etcheberry quien afirma categóricamente la existencia de tal colisión en la parte general esta evidentemente relacionada con la legislación de su país y sobre todo en lo que se refiere a los términos de conspiración y

²⁹ Pavón Vasconcelos Francisco CONCURSO APARENTE DE NORMAS, México, op. Cit., p. 92.

proposición y aun mas afirma que la voluntad del legislador al castigarla era doble pues impedía que el delito llegue a consumarse y castiga la voluntad exteriorizada inequívocamente de atentar contra determinado bien jurídico a lo que habrá que decirse que precisamente ante tal exposición un excelente criterio respecto de las formas de aparición del delito llegan a tener por consumada tal situación sobre todo por que el mismo criterio de la tentativa y su regulación dejan clara la inexistencia del precitado conflicto ya que el maestro Pavón Vasconcelos indica que la simple resolución no constituye infracción jurídica en el sentido más amplio es decir la exteriorización no vulnera objetivamente ningún interés jurídico, algunas legislaciones, en forma excepcional elevan a ciertas categorías las resoluciones manifiestas pero en realidad de acuerdo a la doctrina dominante en su mayoría no constituyen delito de tal forma que resulta inexistente el que se refiere a este apartado por otra parte siguiendo y objetivando la consideración a nuestro sistema jurídico debe decirse que efectivamente este es susceptible de encontrar la fenomenología descrita ya sea en la propia legislación penal vigente o bien en distintos ordenamientos

En el caso de nuestro país se ha ejemplificado dicha concurrencia basada en los criterios proporcionados por Etcheberry en cuanto a la colisión de normas en la parte general específicamente referida a su primera hipótesis respecto de la concurrencia de conspiración y proposición de lo cual debe decirse que efectivamente se encuentra contenida tal colisión de manera aparente en el artículo 13 del Código penal Vigente para el distrito Federal por que básicamente se sobreentiende que a este respecto el legislador con animo de no dejar impune ninguna conducta haciendo mas amplio el espectro punitivo del estado para sancionar las conductas delictivas, ampliando las hipótesis contenidas en dicho precepto de las cuales cabe comentar que específicamente que a dicha fracción

le precede de manera clara la existencia material del delito el cual en su ausencia es claro que no sería punible puesto que aun no se encuentra materializada ninguna conducta que conlleve el ejercicio de la acción penal por lo que resulta oportuno el comentar que efectivamente existe una excepción a la regla en cuanto si es probable la existencia autónoma de delito en los casos en que se exteriorice la idea sin materializar resultando que efectivamente en el actual Código penal federal se encuentran contenidos y tipos penal es los cuales en lo que se refiere a la seguridad de la nación se puede observar que efectivamente su simple manifestación hace punible la conducta.

En cuanto a la relación que puede existir en nuestra legislación penal mexicana y específicamente a las consideraciones relativas a la autoría y participación estas se encuentran con una probabilidad remota en su existencia aun y cuando nuestro propio código establece diversas hipótesis para efectos de la intervención.

Por otra parte habrá que decir que en si misma pueden integrarse en diferentes calidades y momentos las diferentes cualidades por parte de la persona que ejecuta materialmente el delito y bien puede servir como instigador al mismo siendo que al respecto resulta claro la intervención es decir si existe una persona que en vista de hipótesis acordara y preparar su realización y con posterioridad llevara a cabo la ejecución material del delito es por tanto que en especie le pudiera corresponder la doble calidad en su participación lo cual evidente originaria que en su caso estuviéramos en presencia de una concurrencia de hipótesis que entra en disputa respecto de la calidad d el activo del delito .

3).- CONCURSO Y COLISIÓN ENTRE NORMAS PARTE ESPECIAL

En lo que toca referirse a la parte especial de los conflictos de normas debe decirse que precisamente y por excelencia se puede situar a tan importante

figura sobre, en el entendido que la parte especial del derecho penal le corresponde a la agrupación que en el código le corresponde a los delitos en particular y es pues en este apartado donde puede decirse que al fenómeno jurídico en consideración le corresponde la mayor parte de atención correspondiente y ciertamente los autores limitan la trascendencia del conflicto entre normas penales, a los casos de concurrencia de normas incompatibles pertenecientes a la parte especial de los códigos penales. Es esta clase de conflictos la que con más frecuencia tienen que resolver los órganos en la aplicación de la ley penal

Tratándose del conflicto entre normas de la parte especial, cobra fundamental interés la teoría del tipo y de la tipicidad, pues es básicamente a este respecto donde puede distinguirse los conflictos razón por la cual se estima oportuno establecer en este apartado un estudio a la teoría del tipo cuya paternidad corresponde a Ernesto von Beling, pues la estructura de los tipos es fundamental para establecer la prevalencia de una norma sobre otra y, para ello, la aplicación de una con exclusión de las demás, aunque ciertamente debe dejarse claro que la teoría del tipo ha llegado a evolucionar de manera importante y aun más a convertirse en compleja respecto de sus elementos y definición sobre todo es importante el hacer manifestación no solo de la propia definición de tipo: Según la teoría de beling se concibe precisamente al tipo como meramente objetivo o descriptivo resultando un sin número de afirmaciones o bien distinciones al mismo tiempo otorgando opiniones favorable o desfavorables es por ejemplo el caso de autores como Mezguer Y Jiménez de Asúa entre otros ya que otorgan gran mérito a la teoría citada refiriendo que en su aportación resulta una conjugación correcta de la tipicidad y una muestra orgánica del delito y contrario a su criterio se han distinguido principalmente Maurach, Antolisei Bettiol etcétera. Quienes refieren que es incorrecto y pobre la calificación teórica de beling ya que no sistematiza los elementos esenciales de la noción del delito

y realmente no existe una aportación mayoritaria en lo que respecta a la doctrina del delito.

Finalmente es importante referirse a la teoría del tipo como elemento fundamental para estudiar la colisión de normas a las que se encuentra ligada precisamente el derecho en su parte especial por calificar esta precisamente la clasificación de los tipos y sus consecuentes elementos de tal manera que tenemos presente los enuenciados de Jeschek :

- 1.- Bien Jurídico.
- 2.- Objeto de la acción.
- 3.- Autor

Es importante obtener una clasificación en torno al orden o al tipo razón por la cual se puede sobrentender que según Mezguer estableció la siguiente clasificación

Delitos de resultado y de simple actividad .

Delitos de lesión de peligro concreto delitos de peligro abstracto.

Delitos básicos o fundamentales

Delitos cualificados o privilegiados

Tipo Independiente

Tipo especial cualificado

Tipo especial privilegiado

Delitos de varios actos

Delitos compuestos en sentido estricto

Delitos permanentes

Delitos mixtos a) acumulativamente formados

b)alternativamente formados

Desde un punto de vista doctrinario en relación a la autonomía de los tipos estos se han clasificado en básicos se estiman en razón de la índole fundamental y por tener plena independencia; Los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico pero añadiéndole alguna otra peculiaridad cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial de tal manera que este elimina al básico, por ultimo los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan como ejemplos para apreciar el alcance de la clasificación anterior podemos señalar dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como tipo básico, el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial , el peculado es un delito de tipicidad especial en razón de que el tipo contiene una referencia al sujeto activo de tal manera que solo pueden cometer este delito aquellos que reúnan las condiciones o referencias típicas en el sujeto lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios los cuales solo pueden ser cometidos por personas con tal calidad.

En base al criterio antes señalado resulta claro y oportuno el manifestar que en realidad existe una clasificación que en relación a los delitos que motivan el presente trabajo siendo estos la corrupción de menores y el lenocinio estos puede decir que son aquellos delitos contenidos y clasificados dentro de nuestra legislación como aquellos tipos alternativamente formados en los cuales es suficiente una conducta o un hecho para que exista el delito empero, el delito puede contener más de una conducta o hecho ya algunos autores han manifestado que a veces la figura delictiva legal al indicar la especie de conducta, señala alternativamente dos, en el sentido de que el delito puede estar constituido ya sea por una o por otra en tal caso se estaría en presencia de un tipo alternativamente formado en la que la letra o en su simpleza cobra importancia y relevancia por las distintas modalidades equivalentes en que

puede ocurrir haciéndose importante el comentar que a dicha circunstancia le corresponde el mismo valor, ya sea a una u otra haciéndolos totalmente fungibles lo cual indica que basta con que se realice alguno de los casos para que la subsunción se realice, en el caso de nuestra legislación penal y objetivamente en cuanto a los tipos alternativamente formados encontramos que los tipos penales contenidos en los artículos 201 y 208 del Código penal vigente en el Distrito Federal se encuentran establecidos como aunque los alternativamente formados debidos a sus propias hipótesis al que induzca procure obligue o bien en el siguiente refiriéndose a la explotación sino de que este ultimo podía entenderse como un tipo alternativamente formado especial y cualificado dada su independencia autonomía y a grabación de la pena resultando además de mayo especialidad en virtud de requerir una calidad especial en el sujetos pasivo siendo este la minoría a los dieciocho años.

El verbo rector establece de ordinario el contenido del tipo, aunque en ocasiones dicho contenido depende también de las circunstancias adicionadas en la figura, las cuales pueden referirse al tiempo de ejecución de la acción, al lugar, a los sujetos de la relación criminal, al objeto, etcétera, y constituyen elementos típicos cuya ausencia origina casos de atipicidad en el delito. Recordemos que por lo general el tipo legal se presenta como una mera descripción de una conducta o hecho humanos, pero también el tipo, además de describir la conducta, puede requerir un efecto o resultado material, pudiendo contener referencias a los sujetos, a los medios de comisión, a modalidades de la propia acción o bien a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, así como al fin de la acción misma, para no señalar sino sólo unas cuantas de las variedades que en su contenido presentan los tipos penales.

Frente a un "conflicto" de normas el intérprete deberá tener presente los elementos que constituyen rasgos comunes en las figuras delictivas, tratando

de establecer la existencia del tipo, como concepto general y abstracto, para después determinar cuáles son los caracteres que las distinguen; así, es posible llegar a determinar cuándo una figura comprende a la otra, en razón de que sus elementos descriptivos, normativos o aun subjetivos tengan una amplitud mayor que sea capaz de absorber a la figura menor, excluyendo su aplicación.

4).- CONCURSO APARENTE DE NORMAS ENTRE PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

En lo que respecta al concurso y colisión ubicadas dentro de la parte general y la parte especial, podría considerarse que la misma es de mayor importancia debido a que la mayoría de los tratadistas establecen una relación de concurso aparente o bien colisión de normas en lo que se refiere al texto de la parte especial, sin embargo ha quedado claro que pueden existir una concurrencia entre dos partes tan importantes de tal forma que incluso el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, remite a la presentación de dicho conflicto en dos apartados básicos:

a).- Concurrencia de normas penales una de la parte general y otra de la parte especial, que consagran una misma excluyente de responsabilidad pero con alcance diverso.

b).- Concurrencia de una norma de la parte especial que sanciona un delito consumado con otra norma que pune una tentativa, ambas con relación del mismo hecho.³⁰

Al respecto debe decirse que existen diversas circunstancias que podrían allegar diferente hipótesis para la configuración de la colisión de normas entre la parte general y la parte especial del derecho penal por referirse algunas de

³⁰ Pavón Vasconcelos Francisco CONCURSO APARENTE DE NORMAS, op. Cit., p. 83.

ellas se encuentra básicamente lo referido a la excluyente de responsabilidad contenida específicamente el artículo 379 del Código penal vigente en el distrito federal conocido comúnmente como robo de famélico o de indigente el cual en si mismo como se vera entraña en su propia definición una excluyente de responsabilidad por lo que oportuna resulta su traducción :

Artículo 379 .- No se castigara al que sin emplear engaños ni medios violentos , se apodera de un sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares en el momento.

Es importante notar que en la misma redacción del precepto se puede apreciar la propia excluyente en si pero claro es referir por que se argumenta que entra en colisión con otra figura también excluyente pero de la parte general , en principio habrá que decir que la exclusión al delito contenida en la descripción típica se encuentra amparada por la justificación de lo que conocemos como ESTADO DE NECESIDAD el cual de manera gramatical exige o bien se ubica para aquellas circunstancias en que no existe remedio real en el animo de la persona que ha de hacer frente a la situación y que por obvias razones no se le puede exigir una distinta actividad y por tanto in existente en el juicio de reprochabilidad de tal manera que ante el inminente y claro Estado de Necesidad no existe opción diversa de actuar, lo mismo ocurre n lo establecido por el artículo 15 en su fracción V del precitado Código penal el cual refleja la existencia un Estado de necesidad y que requiere de su trascripción para su efecto: **Artículo 15.- El delito se excluye cuando:**

Fracción V .. Se obre por necesidad de Salvaguardar un bien Jurídico propio ó ajeno de un peligro real actual ó inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado,

siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.”³¹

De dicha redacción queda de relieve efectivamente la colisión en la que se encuentran ambas figuras excluyentes que en el caso específico se COLISIONAN nunca concursan por alcanzar la clara definición y aplicación para la que fueron creadas resultando la confrontación en esa forma y por otra parte contenidas no solo en la parte general sino de igual forma en la parte especial del derecho penal . lo cual es un ejemplo claro de las consideraciones correspondientes en el presente apartado.

Importante es considerar también lo que la respectiva puede vislumbrarse en el mismo Código penal y de Procedimientos penales en cuanto la colisión de las excluyentes contenidas en los mismos respecto del delito de encubrimiento previsto en el artículo 400 mismo que en su fracciones hace punible la conducta de aquellas personas que oculten o favorezcan el curso de las investigaciones y finalmente en su párrafo último dispensa y excluye la penalidad en el caso en que este refiere dichas actividades sean llevadas a cabo por personas que estén ligadas por razones de parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado y de igual forma dicha circunstancia es impedida para el caso en que según el artículo 192 del Código de procedimientos penales que refiere la facultad que tienen los testigos de no declarar en contra del acusado en aquellos caso en que este se encuentre ligado por parentesco o gratitud por lo que en apariencia pudieran COLISIONARSE ambas disposiciones .

³¹ Colección Penal para el Distrito Federal, Colección Penal 2001, Ed. Delma, 1ª edición, p. 137.

5).- JUSTIFICACIÓN DE LA PUNICIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA MORAL PUBLICA

Es prudente el hacer uso de la historia para efectos de considerar el contenido de los delitos cometidos contra la moral pública en su respectivo orden y tal vez fundamental también resulta el aceptar que nuestro derecho es resultado del criterio ibérico de los españoles como implantadores del esquema jurídico en nuestro país el cual hasta la fecha sigue prevaleciendo en gran forma, tan es así que los mismos españoles llegaron a criticar de manera amplia al criterio romano aunque básicamente se encuentran influenciados, tan es así que en la cultura hispana se tenía una concepción de la mujer con una gran elevación moral, puesto que esta se encontraba inserta en un régimen monogámico y predominantemente un papel dentro de la vida doméstica, circunstancia documentada por todos los estudios sociológicos e históricos del pueblo español, basado esto en la importante incidencia religiosa que ha operado en el derecho desde tiempos inmemoriales.

De igual forma el pueblo romano encontró dentro de su historia y su finalidad de tutelar el derecho las figuras de obscenidades y escándalo público, y las medidas que tomaba el estado en los casos graves básicamente se dejaban a los propios agraviados de tal hecho es decir, esposos, hijos, etcétera, pues en ellos se podía concretar la flagrante violación que ocurría con motivo de las ofensas a la moral aunque no menos cierto es que algunos excesos en que se incurrieron por parte del estado contribuyeron a relajar el aspecto moral de la sociedad, pero de ninguna manera podemos entender esta cultura como la mas exigente dentro del derecho en cuanto a la aplicación de la moral, pues se ha referido que aprendieron la homosexualidad de los griegos dentro de las múltiples intervenciones ocurridas entre ambas culturas, esto último mezclado con las ideas religiosas imperantes en la época de la república trajo consigo la existencia de medidas penales con mayor rigor castigando los abusos sexuales con personas del sexo masculino que la s

inmoralidades del mismo género cometidas con mujeres, pudiéndose en el primero de los casos ejercitarse acción pública y privada, lo cierto es que desde las culturas antiguas la moralidad ha sido uno de los mas importantes preceptos de regulación del derecho.

De los alemanes como importantes aportadores del derecho encontramos que su vida sexual y con ello su moral se movía dentro de sus naturales instintos desconociendo los placeres antinaturales, incluso la concepción alemana de la moral es mucho mas exigente que la romana evidentemente por la corrupción y desnaturalización con la que esta última se condujo, resultando que en pueblo alemán se llevo a crear un documento jurídico conocido como el *corpore infames*, el cual se enfocaba a invertir aspectos criminales en contra de atentados y lesiones contra el orden familiar entendiéndose que dicho documentos se encontraba influenciado por la iglesia donde existió una exagerada observancia por la ley moral, llegando así a considerar la existencia de actos inmorales como verdaderos pecados y es desde entonces que se consideró no sólo obligación del estado el regular la actuación moral del pueblo a través de la ley, confluyendo todas estas culturas en su parte jurídica, en las entonces partidas de Alfonso X el sabio que con posterioridad a su implicación y disposiciones dentro del aspecto moral llegaron a crear figuras tan exigentes como penas tan crueles, dando origen a un período en el que se consideraba la iglesia como principal órgano de dominio en cuanto a la moral, herejía y brujería, y otros actos considerados como pecados y por lógica resulta mas que evidente que dentro del período ya de la intervención española en nuestro país durante toda la época colonial fue la iglesia de manera análoga la cual tuvo dominio pleno sobre los aspectos de la moral y de todos los actos relativos a las conductas del pueblo, pero debe decirse que todas estas sanciones tuvieron como objetivo la represión el sexo femenino, puesto que en estos casos era sancionado con mayor rigor.

Basado entonces en toda la noción histórica donde se tutela los delitos contra la moral debe decirse que siempre se ha considerado a las cuestiones de índole sexual como situaciones que atentan contra la moral en casos excesivos, circunstancia que si bien es cierto no es motivo de debate en el presente trabajo no menos importante resulta el hacer consideraciones al respecto puesto que tal hecho tal vez permitiría conocer con mayor exactitud el problema de fondo, en cuanto a los conflictos de delitos que en si mismos tratan de prever una conducta relativa a cuestiones de moral.

El derecho en su totalidad cumple con la finalidad de regular la convivencia humana de mantener la cohesión dentro de una comunidad determinada y es desde luego aceptado que la única forma de convivir o coexistir es con reglas claras que permitan prever de algún modo cual será la conducta de los otros y en todo caso que otorguen limitantes previstas en la ley para dar solución concreta a los roces o conflictos que pudieran suscitarse dentro de la convivencia a este respecto es prudente el señalar que existen intereses importantísimos dentro de la comunidad que se consideran fundamentales e indispensables para mantener la integridad del individuos entendido esa integridad en su sentido mas amplio de tal forma que el ataque a los intereses socava los principios y cimientos de la sociedad misma, dentro de esos principios se pueden enumerar la propiedad, la vida, la libertad en todos sus aspectos y para conseguir la correcta aplicación de esos fundamentos el derecho penal amenaza y castiga con pena mediante la creación no de delitos sino mejor dicho de normas que prevén el ilícito y al encuadrarse se considera antijurídicamente y evidentemente culpable de tal manera que es relativo el hecho de que siempre se trata de proteger aspectos de índole moral con normas jurídicas, puesto que incluso se sabe que las normas morales no traen aparejado ninguna cohesión de tal manera que podría responderse que no se trata en sí de una norma moral sino mas bien

de una norma que protege la moral, lo cual resulta confuso y pragmático por lo que habrá que distinguirse y hacer una clara distinción entre moral y derecho para poder arribar a una conclusión correcta de tal circunstancia.

Hablando históricamente la confusión histórica entre la moral y los delitos pudiera decirse que importo una gran confusión que trajo como consecuencia oscuridad en la sociedad y que medianamente con la época moderna así como la cultura impuesta por los ilustradores y enciclopedistas trajo consigo una concepción de una nueva sociedad, no sólo dentro del derecho en todas sus áreas, sino fundamentalmente en el penal que es el aspecto que nos interesa en el presente trabajo y como lo han sostenido algunos autores tal vez en la actualidad el derecho penal no ha sido capaz de distinguir el fin ético social con el fin moralizante siendo que esta disfunción ha traído consigo una gran confusión no sólo en la doctrina sino en la misma aplicación de la ley tan es así que en el mundo del derecho y dentro de la codificación en diferentes países existen títulos, capítulos dedicados a las cuestiones de la moralidad a estos se les ha conocido como delitos contra la honestidad, delitos contra la moral, delitos contra las buenas costumbres otros pretendiendo ser mas exactos han denominado delitos contra el pudor y la moralidad sexual y algunos conocidos como delitos contra la moralidad pública, pero en todos los casos aparentemente resulta que el bien jurídico tutelado lo es la moralidad.

Moral pública es la que corresponde a la generalidad de los miembros de una sociedad determinada, se sobrepone a la moral individual y en consecuencia no es lícito que se la ultraje y ultrajarla es un delito mediante la creación de una obra literaria no se le causa ultraje, ya que la obra de arte no es moral ni inmoral pues su esencia es el desinterés . Se consideran como ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres la publicación de palabras crudas, de insolencias o frases obscenas, sin que sea excluyente de responsabilidad el hecho de que la

exposición, distribución, circulación o publicación se haga en corta escala y con la intención de que circulación o publicación se haga en corta escala y con la intención de que se reduzca a un círculo limitado y en forma de obra artística . La facultad de declarar que un hecho es o no delito e imponer las penas consiguientes es propia y exclusiva de la autoridad judicial conforme al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados unidos Mexicanos , y tal facultad no puede ser restringida o invalidada por el hecho de que una dependencia administrativa haya consentido en la distribución de una revista, además de que la naturaleza de ésta pudo sufrir cambios radicales o transformaciones desde el punto de vista de la moral a partir de la fecha de registro y hasta la de la comisión del delito de ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres. La calificación de que una revista sea obscena cae bajo la apreciación del juez de los autos, sin que sea necesario que haya una prueba especial y directa encaminada a establecer ese extremo; pues siendo obsceno lo contrario al pudor, al recato o al decoro, el juez está capacitado para determinar si es ese el carácter de la revista distribuida y hecha circular por el acusado, por presumirse que posee el sentimiento medio de moralidad que impera en un momento dado en la sociedad y que tal apreciación no puede violar garantías, a menos que esté en contraposición con los datos procesales. Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, se ha dicho y se ha establecido que es necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público, sin embargo si resulta fundamental que exista un criterio mas o menos definido en la ley para que esa atribución legal sea mucho mas exacta y acorde al tiempo que se esta viviendo, ya que incluso la mayor parte de los códigos de todo el mundo existe una clasificación al respecto en lo que tal vez puede establecerse que es desubicada la preocupación porque

realmente los actos que se punen en el propio Código Penal son cuestiones mas del orden sexual que de la propia moralidad tan es así que los propios autores argentinos han expuesto lo siguiente:

En definitiva las agresiones afectan no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque también afecta a su vez la libertad y a menudo equivalen a una privación de esa libertad, las personas afectadas viven esas situaciones sobre todo como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad.”³²

Es claro entonces que los delitos conocidos o manejados respecto de la moral afectan a la libertad sexual, sobre todo porque es en esta parte donde realmente se aprecia una entronización de la conducta delictiva en la persona y tal vez esta importante consideración tiene matices sociológicos respecto del concepto tan grande y variante que tiene el mundo en lo que se refiere a la moral.

A falta de un concepto exacto y de reglas fijas en materia de moral pública, tiene el juez la obligación de interpretar lo que el común de las gentes entiende por obsceno u ofensivo al pudor, sin recurrir a procedimientos de comprobación que sólo son propios para resolver cuestiones puramente técnicas.

Es el concepto medio moral el que debe servir de norma y guía al juez en la decisión de estos problemas jurídicos y no existe en tan delicada cuestión un medio técnico preciso que lleve a resolver sin posibilidades de error lo que legalmente debe conceptuarse como obsceno. Por tanto no es la opinión de unos peritos, que no los puede haber en esta materia, la que debe servir de sostén a un

³² Tenca Adrián Marcelo, DELITOS SEXUALES, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1ª edición, 2001, p. 17.

fallo judicial, ni es la simple interpretación lexicológica el único medio de que se pueda disponer para llegar a una conclusión debe acudir a la vez a la interpretación jurídica de las expresiones usadas por el legislador y a la doctrina, como auxiliares en el ejercicio del arbitrio judicial que la ley otorga a jueces y tribunales. En suma, a pesar de que no existe una base o punto de partida invariable para juzgarse en un momento dado sobre lo que es moral o inmoral, contrario a las buenas costumbres o afín a ellas, si se cuenta con un procedimiento apropiado para aplicar la ley y satisfacer el propósito que ha presidido la Institución de esa clase de delitos. Esto no significa que se atribuya a los jueces una facultad omnímoda y arbitraria. Como toda función judicial, la de aplicar las penas debe sujetarse a determinadas reglas y el juzgador no debe perder de vista que sus decisiones se han de pronunciar de acuerdo con el principio ya enunciado, de la moralidad media que impera en un momento dado en la sociedad y en relación con las constancias de autos, pues de otra manera incurriría en violaciones de garantías en perjuicio del acusado. Por "obsceno" se entiende lo que es torpe u ofensivo al pudor (del latín *obsceus*); y es torpe, lo que es deshonesto, impúdico o lascivo, feo, tosco o falto de ornato, ignominioso, indecoroso o infame (del latín *turpis*). Teniendo en cuenta que el delito forma parte del Tít. VIII denominado "Delitos contra la moral pública" y del Cap. I de ese Tít., denominado "ultrajes" a la moral pública o a las buenas costumbres que en la ley penal española cuyos antecedentes sobre la mexicana permiten dirigir la interpretación del precepto, se denominan delitos de escándalo público", el tipo legal del delito que se examina tutela directamente la moral pública en su aspecto sexual, como aparece en los diversos capítulos del Código Penal.

Por ofensa al pudor debe entenderse la ofensa a la moralidad sexual colectiva, pública, el hecho atentatorio contra el pudor o las buenas costumbres

debe tener carácter sexual; sin él, aun cuando constituya una indecencia grosera, no hay delito

A nivel de la barrera que la moral sexual varía siguiendo las concepciones dominantes en una sociedad determinada. Basta observar las diferencias de tiempo y lugar para percatarse de ello. Hace muchos años en Italia está prohibido besarse en el cine o en público; en cambio, en Austria el Tribunal Supremo ha resuelto en el año 1957, que los usos y costumbres dominantes han hecho del beso una institución de la vida social que le despoja de todo carácter indecente. La misma punibilidad de la prostitución oscila de un país a otro. Aproximadamente en la mitad de los Estados de Estados Unidos es punible incluso el simple trato sexual pre o extramatrimonial.

No sólo han cambiado las ideas vigentes sobre la moralidad o inmoralidad del desnudo, sino que la irrupción de la mujer en la vida profesional y competitiva con el varón ha modificado los presupuestos criminológicos de algunos tipos penales. Quizá sea en materia de delitos contra la honestidad donde más se reflejen los cambios de país a país y de época a época. Desde el derecho babilónico, que castigaba, cortando el labio inferior, al que besaba a una mujer casada, el antiguo Derecho judío, que conocía la pena de muerte para quien tenía relaciones con mujer menstruante, a la moderna secularización del Derecho Penal media un abismo.

En Albania, hasta entrado el siglo XX, era condenada a muerte la muchacha que se hubiese entregado a un hombre, en otros lugares se encontró que entre los zúñis que nadie era más duramente criticado que la muchacha esquivia., se cita el caso del capitán Kimble, de Boston, condenado entre los puritanos de Nueva Inglaterra a pasar dos horas en la picota por haberse conducido "impúdicamente". Había besado a su mujer "púbicamente" y además en sábado, en las escaleras de delante de su casa, al regreso de un viaje por mar que

duró tres años. Se puede señalar que una concepción moral colectiva rígida dentro de una sociedad favorece el incremento de la prostitución, pues en esa sociedad las relaciones sexuales entre los que tienen la misma posición social son difíciles o imposibles, y sólo queda abierta la vía de la prostitución.

Es evidente que en las sociedades primitivas, Derecho, Moral y Religión constituyen una unidad, y en los más remotos tiempos históricos el crimen es, al mismo tiempo, una rebelión contra un mandamiento de la divinidad. La Iglesia dominó el Derecho Penal en esta materia de la honestidad con la confusión de pecado y delito, que llega incluso a la *Constitutio Criminalis Carolina*, hasta que las ideas de la ilustración suprimen los procesos de brujas y centran las conductas punibles sobre bases distintas.

Cierto que el actual sentido jurídico está aún, en lo esencial, determinado religiosamente, es decir, cristianamente. La teología judeocristiana ha sido un tabú, que, por otra parte, ha ejercido una influencia conservadora sobre la conducta humana, y aunque en los Estados modernos las ideas y mandamientos religiosos no se traduzcan inmediatamente en leyes penales, la religión ejerce todavía una gran influencia. En general, puede decirse que casi todas las religiones obligan a los seres humanos que creen en ellas a guardar las leyes y respetar a los demás. Sin embargo, el abandono por las masas de las ideas religiosas, y en general de una fe trascendente, es una realidad que ha sido señalada por los últimos Papas como un fenómeno del mundo moderno, la apostasía de las masas. Commager ha podido decir con relación a Estados Unidos que las iglesias no han sido nunca más poderosas materialmente que hoy, ni tampoco espiritualmente más débiles. Así han podido refrenar, pero no han podido ya dirigir, y eso que el catolicismo ha podido resistir mejor la tormenta del materialismo que el Protestantismo.

Tales hechos demostrados estadísticamente, en nuestra patria, a falta de tales métodos, basta echar una ojeada a la juventud actual, a su

independencia, a su libertad y a sus concepciones sobre el mundo y la vida, para percatarse que, si no con la exageración que se presenta en otros países, sí ha cambiado la mentalidad social en este punto. Voces de prelados, editoriales de periódicos, asociaciones de padres de familia, etcétera, han dado el grito de alarma y han puesto de relieve estos hechos. Utilizamos como botón de muestra el de un periódico diario en que se habla del comportamiento público, señalando la relajación de costumbres que se produce en nuestras calles. Por hechos semejantes a éstos, que no motivan la intervención de la policía, ni mucho menos la reacción social oportuna que los tolera, y con su tolerancia los aprueba, no hace muchos años se hubieran producido alteraciones y escándalos.

Por otra parte, la gran afluencia de turistas y extranjeros en nuestro país, con concepciones de la vida distintas y costumbres diversas, y en clima de descanso y vacaciones, han tenido que producir necesariamente notables cambios en la mentalidad de las gentes, que ven, ya sin extrañarse, ciertos hechos que antes hubiesen indignado al menos puritano o mogigato. Playas y piscinas, bailes, salas de fiestas, Cinematógrafos, parques públicos, transportes, calles..., todo ha cambiado. Y, sin embargo, en definitiva, los encargados de completar el tipos penales relativos a la moral sexual o, interpretando los valores culturales y morales en uso, son los legisladores, con una formación fuertemente dogmática y con un sentido moral de selecta minoría, frente a la praxis contraria.

Aun prescindiendo de ciertas afirmaciones psicoanalíticas que pretenden sostener que la moralidad de una sociedad en conjunto crece en proporción inversa a la magnitud de la misma, lo cual pudiera explicarse por razones sociales también, la observación no es desdeñable. Cuando mayor es el número de individuos que se juntas, tanto más se destruyen los factores individuales, y por ende, también la moralidad basada en la sensibilidad moral del

individuo y en la libertad imprescindible para ello, porque la sociedad le arrastra y en la misma medida le absuelve de su responsabilidad individual.

En el caso de nuestro país de igual forma han existido diversas denominaciones pero cumpliendo con una rigurosa tradición en todos los códigos penales se han incluido como delitos al respecto de la moral e incluso en la propia actualidad, puesto que se dispone un título especial para los delitos cometidos en contra de la moral y las buenas costumbres y los autores efectivamente se adhieren a tales expresiones incluso existe un criterio fundamental de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto:

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXXIX

Página: 867

MORAL PUBLICA, CONCEPTO DE LA. La ley deja a la estimación subjetiva del juzgador, fijar los conceptos de buenas costumbres, moral pública y demás que forman la esencia de los delitos a que se refieren los artículos 200 del Código Penal vigente, y 2o. fracción III, y 32, fracción II, de la Ley de Imprenta, y la doctrina acerca de este delito establece lo siguiente: para Garraud, los actos impúdicos u obscenos, elementos materiales del delito de ultrajes al pudor, son todos aquellos actos que ofenden al sentido moral o el pudor público, pero como la noción del pudor es variable según el medio social y el grado de civilización de los pueblos, es conveniente dejar a los Jueces el cuidado de determinar qué actos pueden ser considerados como impúdicos u obscenos. Si se trata de establecer una clasificación entre las mil formas que reviste el delito que nos ocupa, se advertirá que pueden consistir en un ultraje al pudor y también a las buenas costumbres. En esta segunda clase se comprenden aquellos actos que hieren la

honestidad pública, y tienden, por esto mismo a excitar, favorecer o facilitar la corrupción de las personas de uno u otro sexo. Fabreguettes, establece que habrá ultraje a las buenas costumbres, cuando se compruebe que el análisis, la descripción y la pintura cuidadosamente detalladas de escenas impúdicas y lascivas, están destinados, por la naturaleza misma de la cosa, a seducir o pervertir la imaginación. De esta doctrina se llega a la conclusión de que el delito de referencia consiste, en concreto, en el choque del acto de que se trata, con el sentido moral público, debiendo contrastarse el acto reputado delictuoso, con el estado moral contemporáneo de la sociedad en que se pretende que se ha cometido el delito.

Amparo penal directo 1874/32. Gutiérrez Paredes Leopoldo. 6 de octubre de 1933. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Es importante el distinguir que entre la moral pública, las buenas costumbres y la cuestión sexual existen sendas diferencias que van ligadas con la historicidad del derecho penal, debido a que en estricto sentido se aprecia que este hecho es resultado de la tradición jurídica de los diferentes aportadores ibéricos.

La moral pública cuya concretización externa son las buenas costumbres constituye un concepto social autónomo, esto es, independiente de cada persona en particular. Partiéndose de una valoración intrínseca de los hechos, se determina en su proyección social; así se construye una valoración ético social o, en otros términos, normativo-cultural. Como todo lo cultural, tal valoración está sujeta al máximo relativismo. Al juez, como intérprete de la norma de cultura, corresponde valorar los hechos atendiendo al medio social en que se han producido. El Título VIII, Libro II código penal atiende principal aunque no exclusivamente, al tutelar la moral pública y las buenas costumbres, a la referencia sexual de las mismas. La moral pública es, así, la moral media consistente en el

conjunto de las normas consuetudinarias de convivencia civil en relación a la sexualidad .

Mediante la formulación de reglas jurídicas, los órganos del Estado que poseen el poder legislativo estatuyen programáticamente un orden social de situaciones y comportamientos y ordenan la aplicación de medios coactivos del aparato del Estado en contra de quienes no actúan de acuerdo con las reglas jurídicas. De esta manera, los comportamientos determinados con mayor precisión se convierten en contenido del deber externo del ciudadano. Este último puede estar de acuerdo con las reglas jurídicas primarias, en tanto formas fenoménicas de la Interdependencia social bajo una forma organizada jurídico-estatalmente. O puede obedecer las reglas jurídicas primarias porque le atemoriza la amenaza de la sanción: coactus vult, vult tamen. O negar obediencia y quedar librado a las sanciones de las reglas jurídicas secundarias. Cuando intenta escapar a la interdependencia social, ello se le recuerda de manera bien perceptible.

Quien coloque el impulso moral de su conciencia por encima de las exigencias jurídicas del Estado no es condenable, pero tiene que asumir las consecuencias. La coherencia inquebrantable de la conciencia no es una virtud ciudadana.

Al respecto debe decirse que tanto el legislador como la sociedad encuentran fundado y legítimo el proteger y tutelar mediante el derecho penal aspectos que influyen a mantener al individuo fuera del normal desarrollo social y cultural que cualquier sociedad debe adoptar como principio general de tal manera que en cuanto a la punición del delito de corrupción de menores que motiva el presente estudio es de importancia el referir un análisis concreto de dicho delito, toda vez que según el artículo 201 del Código Penal para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

Comete el delito de corrupción de menores, el que induzca, procure u obligue a un menor de dieciocho años de edad o a quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, de prostitución, de consumo de narcóticos, a tener prácticas sexuales, a la práctica de la ebriedad, o a cometer hechos delictuosos. Al autor de este delito se le aplicarán de cinco a diez años de prisión y de quinientos a dos mil días multa.³³

Al que obligue o induzca a la práctica de la mendicidad, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

No se entenderá por corrupción de menores los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen, impartan o avalen las instituciones Públicas, Privadas o Sociales legalmente constituidas que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes.

Cuando la práctica reiterada de los actos de corrupción el menor o incapaz adquiera los hábitos del alcoholismo, farmacodependencia, o se dedique a la prostitución, la pena será de siete a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

Si además de los delitos previstos en este artículo resultase cometido otro. Se aplicarán las reglas de acumulación.

ARTÍCULO 208.- Cuando la persona cuyo cuerpo sea explotado por medio del comercio sexual, sea menor de edad, se aplicará al que lo explote, regente, induzca, solicite, encubra, concierte, permita, utilice u obtenga algún lucro de dicho comercio, pena de seis a diez años de prisión y multa de mil quinientos a dos mil días multa.

³³ Colección Penal para el Distrito Federal, Colección Penal 2001, op. Cit., p. 173.

CAPITULO IV

CRITERIOS DE SOLUCION JURÍDICA SOBRE LA COLISIÓN DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES Y LENOCINIO AGRAVADOS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1).- LEGISLACIÓN PENAL

Puede y debe decirse que precisamente en lo que respecta a los criterios de solución jurídica a los conflictos planteados se ven reflejados diversas hipótesis aunque se ha llegado a determinar que en la práctica podrían existir formulas legales que dirán como resultado un ejercicio correcto del derecho de tal forma que es oportuno el mencionar que en cuanto a los delitos de corrupción de menores y lenocinio agravado a los que respectivamente se les estima la existencia de colisión en si mismos debido a que como se ha hecho manifestación con anterioridad resulta claro que ambas normas pertenecientes a la parte especial del derecho penal se excluyen entre si debido a que son incompatibles e inexistente su concurso sobre todo por que habrá que dejar claro las consideraciones en cuanto a estructura penalidad ya habrá de verse que al respecto y de su figura COLISIÓNA se han llevado a cabo la aplicación de principios o criterios respectivos a aunque debe decirse que uno de los esfuerzos correspectivo se ven establecidos en la propia legislación penal la cual a nivel de legislación podría darse en una loable identificación en un código penal importante como lo es el intento legislativo establecido en el año de 1963 se elaboró, mediante el patrocinio directo de la Procuraduría de Justicia del Distrito y Territorios federales y con la participación de distinguidos estudiosos del derecho punitivo, un código penal "tipo" para la República Mexicana, dando origen a una idea gestada con anterioridad de elaborar un texto que pudiera, en su caso servir de orientación y guía a las diversas entidades de la República que intentarán en lo

futuro legislar en la materia. El código penal tipo reglamentó, en su artículo 8º, el concurso aparente de normas, disponiendo: "No hay concurso de leyes punitivas en los siguientes casos... I. Cuando una de las disposiciones sea especial y la otra no tenga ese carácter. II. Cuando los preceptos sean de mayor alcance que las otras disposiciones sea sólo de aplicación secundaria en relación a las otras prevenciones, y IV. Cuando dos o más preceptos definan figuras delictivas que sean incompatibles entre sí

Como se observa y se han hecho algunas críticas del código penal tipo ha seguido el sistema, no muy recomendable, de referirse a aquellas hipótesis en las cuales se estima no surge un auténtico concurso de normas, lo que evidentemente se aleja de una buena técnica legislativa, pues el sistema de definir por exclusión resulta siempre obscuro y confuso. La sola cuestión de considerar la posibilidad de incluir un dispositivo en la ley, para regular el concurso aparente de normas, es ya motivo de polémica, pues hay quienes piensan que resulta complicado y difícil encontrar una fórmula adecuada tanto para definir el concurso aparente como para establecer las directrices que resuelvan los casos de concurso impropio que se presenten.

Muchos han sido los esfuerzos por tratar no sólo de unificar las legislaciones del orden penal y los Estados sino aun mas a nivel internacional es lógico que surta efectos esta idea en aquellos países con el mismo tipo de sistema jurídico, ya en otros años la comisión mexicana ha intervenido en la redacción del código penal tipo para Latinoamérica, en su ponencia sobre el concurso de delitos abordó el tratamiento de la pluralidad de delitos y su régimen, proponiendo normas para su discusión, adoptando respecto al concurso aparente de normas el mismo sistema negativo consagrado en el artículo 8º del código penal tipo para la República Mexicana.

De igual forma se han hecho otros intentos por encontrar una solución legal y desde luego técnica en cuanto a las controversias suscitadas por los conflictos de normas e incluso en el caso del Código Penal de Guanajuato, aprobado por el Congreso del Estado el 3 de agosto de 1977, inspirado en el proyecto de Código Penal Tipo de 1963, recogió la fórmula negativa del conflicto de concurso aparente de normas al declarar textualmente que: Artículo 32 Ausencia de concurso. No hay concurso de delitos: I.(Delitos compuestos). Cuando el hecho corresponda a mas de una infracción penal si una es elementos constitutivo o calificativo de otra. II: (Principio de especialidad): Cuando la norma sea especial respecto de otra que sea general. III: (Principio de subsidiaridad). Cuando la norma sea principal respecto a otra que sea subsidiaria. IV (Principio de alternatividad). Cuando las normas estén formuladas alternativamente, siempre que establezcan la misma sanción. V(Principio de consunción). Cuando una norma absorba descriptiva o valorativamente a otra, de tal manera que su aplicación conjunta entrañaría sancionar dos veces el mismo delito”.

La exposición de motivos del proyecto relativo, con relación al precepto anterior y de la cual se cita un extracto de la misma que dice lo siguiente:

“En el artículo 33, se toca el tema de lo que se ha dado en llamar concurso aparente, que se presenta cuando una conducta encuadra en varios tipos penales, pero por diversas relaciones que guardan entre sí las figuras resultan incompatibles y no pueden concurrir, de tal suerte que tratar estos casos como un verdadero concurso entrañaría violar el principio non bis in idem. La Doctrina y la Jurisprudencia han realizado esfuerzos muy importantes para dilucidar el tema y sus intrincadas cuestiones, pero nuestro medio tales esfuerzos carecen de asidero legal, habida cuenta que las normas que tratan el concurso aparente en nuestro Código vigente (Idénticas a la del Código Federal), no sólo hacen un planteamiento incompleto, sino además erróneo; de ahí que la Comisión se haya decidido por un

planteamiento lo mas extremo posible. Los elementos torales del concurso aparente son, de una parte, el principio que determina la imposibilidad de sancionar dos veces el mismo hecho y de la otra, incompatibilidad de las figuras en virtud de las relaciones que guardan entre sí. Ahora bien, esas relaciones se establecen en el artículo que se comenta y se desenvuelven en las distintas fracciones que lo componen, que en el fondo no hacen sino recoger principios de lógica y de estructura lógica de las normas. En la fracción I se trata de los casos en que un solo hecho de conducta es subsumible en dos o mas infracciones, pero una es elemento constitutivo o calificativo de otra, por lo que en tal supuesto no puede existir concurso de delitos, sino solamente habrá la figura resultante de su adición o fusión; como, por ejemplo, el robo mas allanamiento de morada cuya fusión resulta un robo calificado en lugar habitado; y aunque el hecho encuadra en dos figuras, allanamiento y robo calificado, es claro que sólo existe y se puede sancionar la figura compuesta (robo calificado), sin que puedan punirse ambas, su pena de castigar dos veces la violación del domicilio. En la fracción II se tratan los casos de relación de género a especie entre las figuras y se establece, conforme al principio lógico de exclusión de la norma general, que solamente podrá sancionarse la figura que es específica sin importar para ello que la especie sea privilegiada o atenuada y merezca una sanción menor que la asignada a la genérica. En la fracción III se establece la relación de subsidiaridad entre las figuras, aplicando el principio lógico de que la norma principal excluye a la subsidiaria; y así, como ejemplo de este último caso, cuando por cualquier circunstancia no es posible punir una tentativa de homicidio ejecutada con un disparo de arma de fuego, todavía es posible castigar el hecho como disparo. La fracción IV alude a los casos de alternatividad equivalente, en los que el tipo contiene algún elemento formulado alternativamente (conducta, medio comisivo, circunstancial local, etcétera), de tal manera que basta que se dé uno de esos

elementos para que proceda la sanción y resulta indiferente, por su equivalencia, que se dé mas de uno sin perderse por ello la unidad, como sucedería en la violencia física y además la moral. Por último la fracción V trata la relación de consunción o absorción entre las figuras, en las que existiendo identidad o asimilación de bien jurídico tutelado, guardan una vinculación de medio a fin (uso de documento falso y fraude), de peligro a daño (disparo de arma de fuego y lesiones), de menos a más (homicidio y parricidio), etcétera, casos en los que la absorción opera de la menos grave a la más grave, sancionándose sólo ésta. Es claro que en ocasiones la incompatibilidad se presentará encuadrando en mas de una fracción, pero lo anterior se explica si se tiene en cuenta que el artículo establece una enumeración exhaustiva o limitativa que contempla los distintos angulos de la cuestión.³⁴

Ya el maestro Pavón Vasconcelos ha realizado comentarios oportunos a dicha exposición de motivos argumentando varios errores y confusiones dentro de la ya citada, ya que dicho documento al tratar de explicar los distintos principios que la doctrina ha elaborado para dar solución a la concurrencia de normas incompatibles o concurso aparente de normas, basado desde luego en la mas importante premisa que tal vez prevé la existencia de dicha figura que es el caso de imposibilidad de sancionar la misma conducta, principio el cual debe decirse que a título de consideración se ha dicho que se trata de un aspecto fundamental a nivel internacional que desde luego ha motivado una base practica para la inexistencia de una incorrecta aplicación de las sanciones motivadas por concursos de igual forma resulta claro que la exposición de motivos como oportunamente lo ha referido el autor antes citado carece de una incorrecta orientación legislativa en

³⁴ Pavón Vasconcelos Francisco, CONCURSO APARENTE DE NORMAS, op. Cit., p. 247.

cuanto a su redacción, puesto que sí puede darse o existir una limitación de orden legislativo para explicar detalladamente la solución al conflicto.

Otro intento que se considera bastante serio que resulta increíble y que en la actualidad no haya sido tomado en cuenta lo es el proyecto del Código Penal Tipo para la República Mexicana, recoge los principios sobre el concurso aparente de normas, disponiendo en el artículo 8º que no hay concurso de leyes punitivas en los siguientes casos:

Cuando una de las disposiciones sea especial y la otra no tenga este carácter.

Cuando los preceptos sean de mayor alcance que las otras disposiciones.

Cuando una de las disposiciones sea sólo de aplicación subsidiaria en relación a las otras prevenciones, y.

Cuando ambos preceptos definan figuras delictivas que sean incompatibles entre sí.

A estos supuestos les merece una debida consideración que si bien es factible su inclusión en la reforma propuesta es importante el referir que deberían incluirse y adicionarse en general, sobre todo en cuanto a los preceptos de mayor alcance incluidos en el inciso b), puesto que a nivel de redacción podría dejarse mucho mas claro tal aplicación basándose en los respectivos tipos que describan con mayor espectro y amplitud la conducta delictiva, así también queda confuso en lo que respecta al último inciso pues si partimos de la base de la existencia del inciso b) es claro que a esta parte le corresponde la ampliación del comentario debido a que si las figuras son incompatibles entre sí, debiera existir una interpretación correcta y ampliada para aquellos supuestos que son la parte fundamental de la expresión del conflicto de normas al que se refiere el presente trabajo.

Otro intento reseñado en la historia para resolver el término del conflicto en mención lo es el proyecto del Código Penal para el Estado de Veracruz de 1979, en

el artículo 7º correspondiente al capítulo cinco, denominado "Concurrencia de normas incompatibles entre sí", del Título I: "La ley penal" (Libro Primero), establece: "La concurrencia de una norma general y otra especial y la que exista entre una prevención de mayor amplitud y otra de menor alcance, se resolverá por aplicación del mandamiento especial y la norma de mayor alcance, respectivamente".

El proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, de 1983, en el artículo 7º , correspondiente al capítulo V denominado, "concurrencia de normas", del título I: "La ley penal" (Libro Primero), establece "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, la de mayor alcance observará a la de menor amplitud y la principal excluirá a la subsidiaria.

Se estima con relación al principio de mayor penalidad contenido en el artículo antes señalado:

- a) Que debe recibirse este principio por contener su propia autonomía frente a los demás principios.

Si bien es cierto la incompatibilidad de criterio del intento de reforma que se comenta no menos cierto es que debe hacerse un especial mención por la interesante adopción de un capítulo destinado para el tema.

2).- PRINCIPIOS IN ESPECIE, RESOLUTORES DE LA COLISIÓN DE NORMAS PENALES

No todos los autores están de acuerdo en recibir cuantos principios que se enumeran a continuación , ni en adoptar el criterio de los efectos que

producen, aunque realmente debe decirse que dichos principios son los mas aceptados en la doctrina dominante aunque es importante distinguir que algunos de ellos concretamente son compatibles con la teoría del concurso y no propiamente para la resolución de colisión de normas sin embargo resulta fundamental el entrar al estudio de estos para efectos de poder distinguir entre su aplicación, como es el caso de algunos autores que han realizado diversas clasificaciones al respecto por ejemplo Beling parte de las relaciones lógicas entre los tipos como principios y las reduce a las siguientes:

1ª. Exclusividad, que encierra contradicción e independencia y conduce a la alternatividad de las leyes penales.

2ª. Especialidad, que supone un subconcepto (comprendido en otro: encinárbol) y que lleva a la subsidiaridad de la amenaza correspondiente al tipo principal y supertipo y ella será aplicable cuando el subtipo con su amenaza penal no lo sea.

3ª. Neutralidad. La afirmación de un tipo no importa ni la afirmación ni la negación de otro La acumulación parece posible, pero la niega el Derecho positivo puede ser concurso ideal o de leyes. Sólo una penalidad es aplicable; es decir; está negativamente condicionada por la primera. En última instancia, se trata de un proceso de subsidiaridad que sería mejor llamar consunción.

Es por tal razón que el autor considera que existen clasificaciones dentro de la misma en cuanto a sus aspectos generales aunque por otra parte niega la existencia concretamente de la colisión en su debida expresión , así de igual forma otro autor como Roberto Von Hippel simplifica los términos y limita los casos a la especialidad y subsidiaridad. Por su parte, Edmundo Mezger reduce el problema a dos situaciones:

1ª. Cuando la precedencia de una ley frente a la otra descansa en fundamentos lógicos, hay especialidad, que por razones lógicas excluye a la general.

2ª. Cuando la precedencia resulta de la relación valorativa, hay consunción: una ley conforme a su propio sentido incluye ya en sí el disvalor delictivo de la otra.

El último en ocuparse del concurso de leyes ha sido Ulrich Klug, quien presentó el Privatdozent de la Universidad de Heidelberg todos los puntos de la partida para la ordenación del problema, manifestando la existencia de principios como especialidad, subsidiaridad, consunción y alternatividad advirtiendo que con respecto de las consideraciones hechas por los autores que se describen con anterioridad hay coincidencia de opiniones, pero básicamente intenta hallar las posibilidades de establecer relaciones entre los conceptos que se mencionan, mediante una combinación con estos otros principios: heterogeneidad, identidad e interferencia de los distintos tipos legales que concurren. Tras del estudio de estas nociones llega a este análisis lógico-conceptual: Como resultado general: Los tipos legales de un Derecho penal sólo pueden estar en relación de interferencia o de subordinación o de heterogeneidad, cuando se toma en consideración en forma del ordenamiento conceptual siempre que el presupuesto silenciado haya excluido la validez del caso de identidad y como resultado especial respecto del concurso de leyes cuando en caso de concurrencia de leyes no puede fundamentarse la heterogeneidad, puesto que ella significa evidentemente que no es posible la concurrencia de los respectivos tipos, sólo nos restan la interferencia y la subordinación como posibilidades para la estructura lógico-conceptual.

a).- PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

A este principio corresponde según la doctrina la fase más controvertida de todos los principios resolutores debido a que muchos de ellos consideran su inexistencia y entonces resulta que al tratar de llegar a la misma meta con relación al de alternatividad, existe una contradicción que hace confusa e inexplicable la comparación, dado que en este punto la doctrina se muestra oscura y a veces contradictoria, ya algunos autores dejaron de considerar a la alternatividad por ejemplo Merkel parece no tomar en consideración a la alternatividad. No obstante, fueron los juristas alemanes quienes desarrollaron el principio, destacado entre ellos Frank, Liszt-Schmidt, Allfeld y Hönig, en tanto que la mayor parte de autores italianos ha dado muestras de no simpatizar con él.

Carlos Binding, uno de los primeros que se ocupó del examen del principio de alternatividad, comienza por afirmar que dos leyes penales pueden tener en casos excepcionales un contenido idéntico y, en ocasiones más frecuentes, ese contenido puede coincidir en parte, sin que en esta hipótesis una de tales leyes constituya la regla y la otra se convierta por ese motivo en la excepción. Cuando las normas tienen identidad parcial, expresa Binding, los tipos se encuentran en relación de "dos círculos secantes", cuya superficie de contacto es regulada con penas determinadas, lo cual equivale a que los tipos de delito se comporten como "dos círculos secantes" de manera que si la pena a que se refieren dichas leyes es la misma, resulta indiferente aplicar una o la otra; en cambio, la diferencia de penalidad lleva al juez a aplicar la norma que contenga la sanción más severa.

Este punto ha sido severamente criticado por algunos autores por ejemplo Grispiñi, quien definitivamente niega validez al principio de alternatividad

razonando el autor que cuando dos normas se presentan primeramente como aplicables a un determinado hecho, hay concurso aparente si la aplicación de una de esas normas excluye la aplicación de la otra. Apoyando en esta premisa, de carácter general, la diferencia existente entre el concurso aparente y el concurso formal se impone, precisamente porque en éste surge la situación de que el mismo hecho es subsumible en varios tipos penales.

Se establece cierta jerarquía en función del redominio de una materia o caso sobre otro; en tal principio concurren dos o más normas, respecto de una materia que pueden ser idénticas o bien, no idénticas por excepción. Algunos autores manejan este principio cuando un hecho fue considerado por el legislador desde distintos puntos de vista y cada uno de ellos ha dado lugar a un precepto distinto, que tiene una zona común, pero no están comprendidas en una ni en otra, se ha sostenido, que en este principio el problema se circunscribe a quien a de aplicar la norma, en cuanto que la alternatividad establece hipótesis ambivalentes concretizadas a un mismo hecho, pues bien puede señalarse una identidad relativa penas diversas.

Ya en el caso de nuestra legislación mexicana han existido variaciones y reformas legales al respecto incluso casos como el propio artículo 59 del Código Penal vigente, pero que debe decirse que dicho artículo ya fue derogado en el cual se estimaba el hecho de que si la pena es igual, se resuelve por interpretación, y en lo referente al segundo caso, tiene cabida el dispositivo contenido en el derogado artículo 59 del Código Penal, que expresa: "Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor, es oportuno comentar que la doctrina que seguía la legislación entonces vigente reflejaba la existencia del principio de mayor penalidad lo cual a juicio de quien esto escribe es contradictorio con el espíritu del propio código y aun mas grave es resultado de una apreciación

incongruente debido a que mucho se ha estimado que no es correcto la aplicación de un criterio como el señalado cuando existen soluciones legales que hacen practica la aplicación de la pena en los casos de conflicto de normas.

Así también se define al principio de alternatividad como aquellos casos y origen existente cuando dos leyes se tipifiquen un mismo hecho con idéntica punibilidad, por lo que el juez está facultado para aplicar una u otra quedando anulada sin posible aplicación la que ha sido desechada.

Los conceptos de los autores dan sobre este criterio son divergentes. Esto lo hace notar Porte Petit, quien dice que este principio ha sido bastante discutido, habiéndose emitido sobre el mismo muy variados conceptos, intentado sistematizar este principio, se puede señalar que dos normas se encontrarán en relación alternativa cuando:

a) Los tipos sean diversos (algunos opinan que sean incompatibles),
Se proteja, por ambos preceptos, un mismo interés jurídico.

Sebastián Soler escribe al respecto:

Los tipos son siempre incompatibles y se excluye toda posibilidad de aplicación simultánea, porque cualquiera de ellos es suficiente para alcanzar el grado de penalidad y a 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 solo hecho o no.³⁵

Como ejemplo de la operación de este principio, se puede argumentar la existencia de delitos en cuyos casos se efectuaba la existencia de tal principio como por ejemplo lo fue en el caso del ya derogado artículo 123 fracción IV, del Código Penal para el Distrito federal, que señalaba: "Se impondrá

³⁵ Soler Sebastián, DERECHO PENAL ARGENTINO, Buenos Aires Argentina, Ed. Tipográfica, 3ª. Edición, 1992, p. 37.

la pena de prisión de cinco a cuarenta años... al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes: IV. Destruya o quite dolosamente las señales que marcan los límites del territorio nacional, o haga que se confundan, siempre que ello origine conflicto a la República, o ésta se halle en estado de guerra”.

El precepto anterior recoge tipos alternativos, por cuanto en ellos se describen diversas conductas separadas en forma disyuntiva.

b).- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Considerado no solo por nuestro sistema penal sino por la mayoría de los autores como fundamental para la resolución de los conflictos por colisión de normas debe decirse que ya había sido considerado, pues ya era conocido en el derecho Romano, este principio sostiene la aplicación de la ley especial sobre la ley general: *Lex specialis derogat legi generali*. Por tanto, cuando a la solución de un hecho determinado concurren dos normas, una general y la otra especial, ésta excluye en su aplicación a la primera.

Del anterior razonamiento es claro que la consideración de mayor importancia será precisar cuál de las normas concurrentes tiene carácter especial y por qué excluye a la general. La estimación más simplista reputa normas “especiales” a las que regulan de manera particular una materia cualquiera, resultando que la orientación que nos brinda el concepto, pues si de manera particular la norma regula una determinada situación, es porque otra norma hace lo mismo en forma general, lo que permite considerar, como punto de partida, que la materia, el hecho, siendo regulado por ambas normas.

A manera de análisis general en torno al principio es oportuno el manifestar que en su mayoría refieren, que todas las características típicas del tipo general (de la *lex generalis*) se hallan también contenidas en el tipo especial

(de la *lex specialis*), pero que éste contiene además aun otra u otras características es decir, las características especializadoras que fundamentan la especialidad y, con ello, la precedencia de la *lex specialis* frente a la *lex generalis*.

Ya se ha señalado que este principio vio su génesis en el derecho romano bajo la fórmula, *lex specialis derogat legi generali*; significa tal posición, la ineficacia de la ley general, frente a la especial, como sostiene Celestino Porte Petit, al expresar:

Cuando la norma especial contiene la materia o el caso de la norma general, más una nota o elemento específico. En consecuencia, en este principio existe una concurrencia aparente de normas sobre una materia o un caso, teniendo la norma especial validez sobre la general. Lo anterior, permite precisar un punto de partida cuando la ley describe situaciones de índole general, y enseguida reducir aquélla norma a ciertos lineamientos de naturaleza específica como en el caso del parricidio, en donde advertimos un tipo fundamental o básico que viene a constituir la norma general más un elemento específico que es el parentesco, lo que da cabida a una regla especial, tal como sostiene, al referir que el principio de especialidad es aquel por cuya virtud, cuando de dos leyes penales protectoras del mismo bien jurídico, una de ellas contiene, sin embargo, respecto de la otra, algún elemento singular que concrete más el supuesto, debe ser aplicada aquélla con exclusión de la segunda.³⁶

De lo anterior, concluimos que el principio de especialidad ha de tener cabida en las hipótesis siguientes: a) que el caso o materia, se encuentre previsto por dos normas; b) a través de las normas en pugna, se debe proteger un mismo bien jurídico, y c) la solución se llevará a cabo a través de la norma que resuelva la materia, o caso, con mayor certeza.

³⁶ Porte Petit Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, op. Cit., p. 153.

Así también debe decirse que la antigüedad del principio llega a darle certeza y mayor importancia hasta el punto de que todos los tratadistas lo califiquen como suficiente para resolver toda clase de conflictos que puedan presentarse en los casos en que leyes de manera aparente o real, concurren a reglamentar o disciplinar un hecho con mismas características o bien semejantes desde el tiempo que al respecto de la antigüedad se considera que los principios jurídicos impuestos en la antigüedad se sostienen en el referido punto aplicándose lo ya manifestado "In toto iure generi speciem derogatur" lo que equivale a declarar que todo derecho genérico es derogado por el especial.

El principio de especialidad puede formularse diciendo que en el caso en que una misma material sea regulada en dos leyes o disposiciones de ley, la ley o la disposición especial será la aplicable: *lex specialis derogat generali*.

Se dice que dos leyes o dos disposiciones legales se hallan en relación de general y especial, cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que figuran además otras condiciones calificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. Las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas: pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en época diversa, y en este último caso, puede ser posterior tanto la ley general como la especial. Pero es preciso que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de su aplicación, porque, en el supuesto contrario, no sería un caso de concurso, sino que presentaría un problema en orden a la ley penal en el tiempo.

A primera vista parece por demás sencillo resolver los casos de especialidad, pues bastaría con acudir al criterio de amplitud y contenido. Así se estimaría especial un tipo en referencia a otro, cuando el específico contiene los elementos generales del que se reputa genérico, y éste abarca, por ende, en su mayor círculo, al que se describe especialmente. Como, por ejemplo, el asesinato

con respecto al homicidio. Pero no siempre aparecen con idéntica claridad las cuestiones planteadas, así como cuando dicen que se necesita acudir a veces a otro criterio más complicado y profundo, pues también hay especialidad "cuando la cuidadosa interpretación nos muestra que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa de un hecho y en lo que se refiere la figuras de lenocinio y corrupción de menores se aprecia que en si mismas establece similitud de redacción y por consecuencia de incompatibilidad en su aplicación es decir ambos delitos tutelan la moral pública o bien se encuentran contenidos en este capítulo ambas de igual forma se refieren a los menores como destinatarios de agravio de la norma es decir como sujetos pasivos y así mismo los actos a que se refieren como conducta punible lo son los de índole sexual orientados a la práctica de la prostitución que en especieb

c).- PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

Si bien la doctrina ha seguido un camino más o menos fácil al abordar el tratamiento de los principios de especialidad y consunción, el mismo se muestra más difícil cuando del examen de la subsidiaridad se trata. Las opiniones de los especialistas son contradictorias, pues mientras unos le niegan carácter distintivo propio, considerándola una especie de la consunción, o bien identificándola con la especialidad, otros en cambio le dan una particular relevancia, por otra parte, existen autores que reconocen la validez de la subsidiaridad, admiten únicamente la subsidiaridad expresa y en cambio niegan la posibilidad de la subsidiaridad tácita. Otros, en fin, admiten la relación de subsidiaridad en sus formas expresa y tácita, dándole plena independencia en relación a los principios ya estudiados.

El principio de la subsidiaridad que se anuncia *lex primarias derogat legi subsidiarias*, pretende que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un mismo bien jurídico, pero en diversos grados

de punibilidad, caso en que se aplica la ley principal. Ranieri sin mencionarlas comprende las dos clases de subsidiaridad apuntadas, al decir que varias disposiciones se encuentran en relación de subsidiaridad cuando protegen un mismo bien jurídico contra diferentes grados de ofensa, caso en que no puede ser aplicada la disposición que contempla la ofensa menos grave, sino cuando no puede aplicarse la disposición que contempla la ofensa más grave.

De los conceptos vertidos se desprende que la aplicación de la norma subsidiaria se opera únicamente cuando no es posible la de la norma principal, existiendo entre ambas la relación de mayor y menor, fundamental y secundaria, principal y accesorio, en función de contener una de ellas, por sus elementos constitutivos, un mayor poder de protección en cuanto al bien jurídico tutelado por ambas. Conviene por tanto destacar, primeramente, el carácter condicional de la aplicación de la norma subsidiaria, surgido de su entidad secundaria en la previsión y punibilidad de la conducta o del hecho. Como apunta claramente Federico Puig Peña.³⁷

Un determinado tipo penal sólo entra en efectividad a modo de reserva y para el caso especial de que otro tipo más grave no pueda operar, siendo, pues, preceptos de segundo grado u orden que están colocados, por así decirlo, detrás de la norma primaria o fundamental, para sólo aparecer en escena cuando ésta, por no importa qué causa, no puede actualizarse.

A este respecto es claro el considerar que la aplicación de una norma principal existente de acuerdo a la clasificación del derecho penal no le corresponde la existencia de un fenómeno de consunción, ya que la norma secundaria simplemente es absorbida por la principal y deja de tener operancia.

³⁷ Puig Peña Federico, DERECHO PENAL, Madrid, Ed. Madrid, 4ª edición, 1955, p. 162.

Tiene lugar en el principio de subsidiaridad, el aforismo primaria derogat legi secundarie, que significa que la subsidiaridad dentro de la concurrencia de normas compatibles entre sí, descansa en función de la pena, es decir, en la mayor o menor trascendencia de las normas conflictivas, por la naturaleza principal de una y la secundariedad de otra entonces la concurrencia de dos o mas normas respecto de una materia o caso, una se encuentra subordinada a otra advertimos que este principio una norma es desplazada por aquella que se considera principal, al establecer con mas precisión el bien jurídico tutelado. En función de nuestro derecho podemos establecer la aplicabilidad de este principio cuando la norma expresa: "independientemente de las que corresponda por la comisión de cualquier otro delito." Dentro de la subsidiariedad esta se divide en dos clases:

1.- Expresa la ley que la establece señalándose como caso cuando varias disposiciones protegen un mismo bien contra aspectos diferentes de violación pueden citarse a manera de ejemplo lo previsto en el artículo 340 del Código Penal que establece el delito de omisión de asistencia a persona en peligro y sin perjuicio de sancionar tal hecho como dispone tal precepto se fincare otro delito de mayor gravedad como si se causa homicidio por tal omisión de socorro.

2.- Tácita cuando se requiere de la Interpretación para poder solucionar el problema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí esto es cuando estamos ante una norma primaria y una secundaria como sería cuando se comete el delito de peculado con la cooperación de un particular en tal ilícito.

Si tomamos en el sentido corriente el término "relación subsidiaria", es obvio que en la referencia de lo específico a lo genérico suele haber trato subsidiario, aunque no siempre; pero no en orden a las respectivas penas, sino en

lo que atañe a los tipos, pues la exclusión del tipo especial supone la exención de todo castigo, lo que no ocurre necesariamente en la subsidiaridad.

Este principio consiste en que, cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquélla. *Lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Una ley tiene carácter subsidiario respecto a otra principal, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorbido por ésta algunos autores niegan que el principio de subsidiaridad se refiera propiamente al concurso aparente de leyes, y le estiman como concurso real impropio, porque las dos leyes o disposiciones legales presuponen dos hechos distintos. Ciertamente que, a veces, la subsidiaridad se refiere a esta hipótesis, pero a menudo resuelve también la subsunción de un mismo hecho. En el caso más frecuente de subsidiaridad, en que una disposición sólo debe aplicarse cuando el hecho no constituya un delito más grave.

d).- PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN

No es extraño observar que este principio haya sido confundido, por algunos, con el de especialidad, llegándose a estimar que el fenómeno de la absorción se opera en razón de que los elementos constitutivos de las normas en conflicto permiten a una de ellas prevalecer sobre la otra, a virtud de su mayor amplitud. La fórmula *lex consumens derogat legi consumptae* revela que su sentido se apoya en la circunstancia de que las normas en colisión comprenden el mismo hecho, pero una de ellas adquiere preferencia en su aplicación en cuanto por su mayor alcance abarca y consume a la otra. De allí que sea común el criterio de que el principio de consunción funciona cuando el hecho previsto por una ley está comprendido en el tipo descrito por otra que es de más amplio alcance.

Zaffaroni hace notar que así como en los tipos especiales quedan los generales encerrados conceptualmente, igual ocurre cuando un tipo encierra al otro materialmente, esto es, lo consume. Esta es la relación de consunción que puede tener lugar entre dos tipos, en que uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición.

Así expuesto el principio parece confundirse en el de especialidad, ya que en éste, como dejamos asentado, se afirma la aplicación de la norma cuyos elementos integrantes la hacen de un mayor alcance y amplitud que la excluida. Por ello hácese necesario precisar que en la consunción el mayor alcance de la norma aplicable no radica en su amplitud descriptiva, en función de los elementos "especializantes" que en ella concurren, sino en su entidad valorativa que absorbe la norma en conflicto, excluyendo su misión sancionadora. Este fenómeno ha sido claramente descrito por la mayoría de los autores, para quienes la procedencia de una de las leyes ante la otra resulta (caso de la consunción) de la relación valorativa de ambas, pues el fundamento que justifica la exclusión no radica en la relación lógica entre ellas, sino en su propio sentido con arreglo a una interpretación valorativa. Esta forma interpretativa debe tener en consideración todas las circunstancias del caso, también las más concretas, pues como no se trata de una relación lógica, no puede establecerse la precedencia de una de las normas en virtud de la simple comparación entre los tipos abstractos, sino de la configuración concreta del caso de que se trate.

El fenómeno de la consunción o absorción, estriba en que frente a una materia, o caso, regulada por una norma, queda ésta que es de menor amplitud, absorbida por una de mayor amplitud. En otros términos, el principio de consunción o absorción, se rige porque hay una norma de más amplio alcance que otra. En razón de lo anterior, cabe precisar que este principio se expresa en el

aforismo "lex consumins derogat legi consumatae" cuando el hecho delictuoso está previsto en dos normas penales, se aplicará la de más alcance.

Se presentan diversas hipótesis en el principio de consunción o absorción, que la doctrina ha tratado de sistematizar y las cuales son resultado de diferentes consideraciones por varios autores, pero que de igual forma las mismas se refieren y específicamente se han tratado de agrupar para el efecto de poder tener a la mano tres aspectos importantes y fundamentales de el principio por lo que se considera su existencia de acuerdo a los siguientes términos:

a) "Cuando el bien tutelado por la norma de mayor alcance o amplitud, comprende al tutelado por la norma de menor alcance o amplitud." Se habla en esta hipótesis, de infracciones progresivas, o progresión criminosa, encontrándonos ante una serie de conductas vinculadas por un mismo propósito, con una mayor relevancia jurídica de la más grave, sobre las anteriores, que son de menor gravedad; entonces, se sostiene que la tentativa queda absorbida por la consumación ; que el delito de peligro, queda absorbido por el de lesión o daño, de igual forma cuando a la violación de la ley principal se va llegando por grados sucesivos, los que pueden ser uno o varios en sí mismo directos, no obstante lo cual los hechos están de tal manera vinculados que la etapa superior del delito va absorbiendo totalmente a la menor, en su pena, en su tipo y figura, acreditándose con esto la progresión criminosa cuando se producen lesiones del artículo 293 del Código Penal y homicidio del artículo 302 del mismo ordenamiento; en principio se lesiona y después ocurre el deceso; sería absurdo hablar de lesiones y homicidio, ya que solamente se trata de este último ilícito.

b) "Cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud, es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud. " En esta hipótesis, apreciamos que en realidad no se presenta la concurrencia de normas incompatibles entre sí; por ende, no se trata de un caso de absorción, pues como sostiene Celestino Porte

Petit, la circunstancia que se suma a un tipo son parte integrante del mismo por previa disposición legal. En el delito complejo, se establece una figura "sui generis", en donde lo que hay, es una fusión, puesto que se forma de varios hechos, que vienen a involucrar elementos del propio delito o ciertas circunstancias que lo vienen a agravar. Por consiguiente, con toda razón los autores latinoamericanos han expresado y referido que los problemas que originan los delitos compuestos quedan fuera de la órbita del concurso aparente de leyes, porque el legislador al estructurar estos delitos, creó un tipo sui generis con la unión de dos, y esta forma indivisiblemente configurada evita el conflicto. A manera de ejemplo, en el delito de lesiones contra agentes de la autoridad que se ha dado en denominar delito compuesto, la circunstancia que se agrega al tipo, o sea, "contra agente de la autoridad", viene a implicar una agravación de la penalidad por la calidad del sujeto pasivo.

"Cuando los medios exigidos en el tipo, son de mayor amplitud, que los exigidos en la norma consumida, o bien, cuando tales medios, corresponden a una figura delictiva descrita autónomamente". En estas hipótesis, encontramos que tiene operancia el principio de consunción o absorción, a virtud de que el hecho que describe una disposición legal, se encuentra comprendida en el tipo descrito en otra, siendo ésta de mayor amplitud, lo tiene aplicación, excluyendo la señalada primeramente. Encontramos que los actos volitivos del agente, así como el evento, deben tener el mismo fin, tal como se puede apreciar en la falsificación y el fraude, e incluso en ciertas normas que prevén un delito de peligro y un delito de lesión, como se advierte en la clasificación de los delitos en orden al resultado, pues es importante destacar que aquellos son consumidos por éstos. Citamos al efecto en función de lo señalado anteriormente, el criterio sostenido por los europeos quien refieren por teoría de los grados o etapas de realización del delito se entiende aquélla concepción del hecho punible que investiga su curso final. Su progresión

conforme a la medida de realización volitiva del autor y enjuicia la conducta del sujeto atendiendo a la etapa alcanzada, en tanto que los autores alemanes refieren fundamentalmente que es consumida la simple puesta en peligro del bien jurídico por la lesión de él, pues esta última incluye en sí el desvalor delictivo de la primera en el puesto en peligro puede tener en el caso particular un sentido que excede de los llamados de lesión concreta. Entonces permanece inalterado su desvalor al lado de la lesión concreta.

En el caso de hecho anterior y el hecho posterior, es de hacerse notar, que una conducta que encuadra en un delito concreto, debe ser sancionada, pero en ocasiones tal comportamiento delictuoso, sigue a otro, como corolario del fin por el cual se llevó a cabo el primero y en tal principio, el hecho posterior, queda en realidad impune, pues viene a significar el aprovechamiento del primero; tal es el caso del que vende o daña la cosa robada, porque tal actividad, queda comprendida dentro del robo y solamente, queda hacer la salvedad que es punible al actuar posterior, si se lesiona un nuevo bien jurídico, puede suceder que el hecho posterior no sea irrelevante, ya que puede dar lugar a un nuevo delito, y esto acontece cuando se lesiona un nuevo bien jurídico. En cuanto a los principios estudiados, nuestros Tribunales, han sostenido el criterio siguiente:

"Si para apoderarse de un vehículo o de otro objeto, se causa daño al objeto del delito, por ser el medio para consumir el robo, el deterioro sufrido por la cosa, teniendo en cuenta que el daño en el robo comprende el valor total del bien mueble y que, por lo mismo, incluye cualquiera otro que haya padecido dicho bien, queda subsumido en el ilícito de robo, y ello no obsta para que si el dueño recupera el objeto robado, se reparte el daño o deterioro causado al mismo, en la condena para que se subsane el daño, que consistirá, en su caso, en que se indemnice a quien tenga derecho a recibir el importe del que haya padecido la cosa. Se ampara al quejoso para el único efecto de que se elimine el delito de

daño en propiedad ajena, así como la pena correspondiente a esta infracción penal." (Informe rendido por el Presidente de la Primera Sala, a la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1967, pág. 38).³⁸

Si al apoderarse el reo de la cosa lo hizo con ánimo de apropiación de la misma, cualquier acto realizado con posterioridad a dicho apoderamiento como es el dañar dicha cosa, no puede considerarse como configurativo de un nuevo delito; por lo que debe sancionarse exclusivamente el delito de robo, sin tomar en cuenta el daño en propiedad ajena.

3).- PRINCIPIOS REGULADOS EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL

Se considera al principio aludido como aquellos regulados en la doctrina internacional, en razón de que su existencia es básica para la delimitación del problema que se comenta sobre todo por que el NON BIS IN IDEM se ha definido como frase latina que significa literalmente que no se debe repetir dos veces la misma cosa por lo que con la citada expresión se quiere indicar que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior ya en el caso de el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

³⁸ Informe rendido por el Presidente de la Primera Sala, a la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1967, p. 38).

La formulación del precepto permite detectar una evidente conexión normativa del sentido en sus tres lineamientos, que constituyen otras tantas garantías. Desde luego el principio *non bis in idem* corresponde al segundo lineamiento "...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene."

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos precisamente en aras de la seguridad jurídica, establece una regla protectora de los procedimientos (artículo 23 primer lineamiento), fijando un límite a las instancias posibles, (tres como máximo), aunque la disposición constitucional se refiera a los juicios criminales y no a otros tipos de procesos judiciales esta garantía de seguridad jurídica, que se encuentra en el segundo lineamiento del artículo 23 está concebida de la manera siguiente: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene al respecto de igual forma en leyes secundarias se encuentra contenida la realización de dicha garantía como lo es el caso del artículo 118 del propio código penal para el distrito federal que específicamente contiene un capítulo relativo a la existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos haciendo clara referencia al principio que se alude en este apartado precisando la forma en que habrá de valorarse la aplicación del dispositivo de igual forma Díaz de León comenta:

Este precepto hace referencia al principio *NON BIS IN IDEM* que como garantía constitucional rige nuestro sistema penal, pues evidentemente como lo ordena en el artículo 23 constitucional nadie puede ser juzgado en sentencia firme dos veces por el mismo delito. La segunda parte de este precepto al señalar cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso, ello alude a sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada sea por que las partes se conformaron con ella, no hubiera interpuesto los recursos correspondientes, o bien por que los

interpuestos ya hubieran sido ya decididos, solo en estos casos mediante la intervención aludida, cabe la conclusión del segundo proceso que de oficio dicte la autoridad judicial que este conociendo.³⁹

Lo primero será determinar lo que se entiende por "ser juzgado" o haber sido juzgado y a este respecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha mantenido que por juzgado se entiende a un individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme e irrevocable o sea, contra lo que no procede legalmente ningún recurso.

De lo anterior se deduce que única y exclusivamente cuando en un juicio penal se haya dictado una sentencia ejecutoriada, en los términos anteriormente señalados y establecidos en los ordenamientos procesales penales, se dará la garantía de seguridad jurídica que comentamos. El individuo de esta manera condenado o absuelto será el titular de la garantía. En caso de que la sentencia dictada no tenga ese carácter de irrevocabilidad, es perfectamente factible la posibilidad de un nuevo proceso.

El segundo punto a aclarar es el alcance de la expresión delito. Cuando se habla de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, la referencia constitucional es al factum material de la misma. Dicho más claramente, la prohibición subsistente aunque, en el segundo proceso se tipifique o denomine a los hechos en distinta forma.

Pero cabe preguntarse qué sucederá si el pronunciamiento judicial no reviste la forma de sentencia irrevocable, y cuál es el caso del sobreseimiento. Podría entenderse que, en tal supuesto, el juzgador ante la imposibilidad de continuar el juicio penal hasta dictar sentencia, decide concluir con el proceso en el

³⁹ Díaz de León Marco Antonio CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMENTADO, México, Ed. Porrúa, 1ª edición, 2001, p.539.

estado en que se encuentra, sin resolver las cuestiones de fondo referentes a la acusación o a la defensa, es decir, sin condenar ni absolver.

Sin embargo, tal suposición no sería correcta, y no lo sería porque el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 304 y el Código de Procedimientos Penales en el artículo 324 establecen, respectivamente, que el sobreseimiento el auto de sobreseimiento produce los mismos efectos de una sentencia absolutoria, teniendo por tanto el valor de cosa juzgada, con lo que en nuestra legislación sobreseer un proceso penal equivale a dictar una sentencia absolutoria y consecuentemente el procesado jamás podrá ser nuevamente acusado por los mismos hechos motivadores de su encartamiento, pero más aún por que la propia interpretación de la ley penal que se ha hecho jurisprudencia así lo ha determinado.

No obstante y sin perjuicio de lo anterior, la atenta consideración de la fracción II del artículo 154 y del artículo 551 del Código de Procedimientos Penales nos señala la equiparación de la libertad por desvanecimiento de datos con el auto de libertad por falta de méritos, y ello deja abierta la posibilidad de un nuevo ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, con tal de la aparición de nuevos datos ameritativos, e inclusive la de una nueva formal prisión, que ya otros Códigos nuevos como lo es del Estado de México ha regulado un término para la aportación de nuevos datos y en el caso excedente a dicho termino se deja en posición de auto declarativo que equivale a sentencia absolutoria.

Por otro lado para complementar la conexión normativa del sentido, debe dejarse apuntado que la prohibición de la práctica de absolver de la instancia terminó para siempre con la inseguridad del acusado, indefinidamente sujeto a procesos judiciales atentatorios contra su dignidad y que le imposibilitan para una defensa eficaz ante la inconcreción de las acusaciones. Se trata de una sana medida para evitar posibles arbitrariedades, o de contubernio que pudieran surgir

siendo que en realidad el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en realidad completa la garantía que significa el principio non bis idem.

La aplicación simultánea de ambas normas supondría castigar doblemente al sujeto por un mismo hecho, se dice, incurriéndose de este modo en un ilegítimo "bis in idem". Pero más allá de este planteamiento inicial, sobre el que doctrina y jurisprudencia se manifiestan de conformidad, no ha existido hasta la fecha un desarrollo global acerca del contenido y fundamento del mencionado principio en esta controvertida materia, así como del papel que está llamado a desempeñar en ella. La mera alusión al principio resulta tanto más insatisfactoria cuando se pretende erigir en el exclusivo fundamento sobre el que descansa el instituto del concurso aparente de normas penales. Porque, ciertamente, la apelación en este ámbito al "non bis idem" se realiza con una trascendencia que, en muchos casos, dista poco de ser meramente retórica. Desde luego, no ha impedido que la delimitación entre la unidad y pluralidad delictiva siga constituyendo uno de los problemas más conflictivos de cuantos tiene planteados la dogmática actual. Son muchos los ejemplos que podrían traerse a colación en los que la vulneración del non bis in idem se esgrime como argumento para rechazar la reconducción de determinadas hipótesis al concurso ideal de delitos en detrimento del concurso de leyes, vulneración que es consecuentemente rechazada por quienes sostienen, en esos mismos casos, la existencia de una pluralidad de delitos en unidad de hecho. Paradigma de esta situación es la controversia suscitada en el tratamiento de la relación entre el delito de contrabando y el de tráfico de drogas, como consecuencia de la Ley Orgánica 7/1982, en la que doctrina y jurisprudencia postulan respectivamente, casi con igual unanimidad, soluciones contrarias.

A dicho principio le merece la interpretación internacional de aplicación debido a que por muchos e importantes motivos se le ha reconocido su relevancia en todas la legislaciones del mundo tan es así que incluso hay quienes ha distinguido dicho aspecto no solo en la parte sustantiva sino en la procesal como es el caso del profesor Ramón García Alberto quien al respecto expresa:

En una primera concreción suele señalarse que el NOM BIS IN IDEM tiene una vertiente sustantiva y otra procesal . Desde el punto de vista material , el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción, desde la perspectiva procesal , el NOM BIS IN IDEM determina la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento del hecho sobre el que ha recaído o auto de sobreseimiento libre. ⁴⁰

4).- REFORMA AL CODIGO PENAL EN LA CREACIÓN DE NORMAS GENERALES Y DE PRINCIPIOS RECTORES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTO POR COLISIÓN DE NORMAS .

Es claro que se necesita fundamentalmente para efectos de solución debidamente acreditada la existencia de una reforma penal congruente con los elementos que han sido materia del análisis en el presente trabajo mismo que de manera integral lleven a cabo un estudio tomando en consideración todos y cada uno de los aspectos que son trascendentales para el problema en si por lo que se estima importante que dicha propuesta gire en base a tres ejes básicos en lo que se refiere a conflictos por colisión de normas específicamente en los delitos de

⁴⁰ García Alberto Ramón NOM BIS IN IDEM MATERIAL Y CONCURSO DE LEYES PENALES, Barcelona, Ed. Cedecs, 1ª edición, 1995, p. 47.

corrupción de menores y lenocinio descritos y abordados a lo largo del presente trabajo y que son a saber los siguientes :

- 1).- CREACIÓN DE NORMAS GENERALES
- 2).-PRINCIPIOS RECTORES ESPECIFICOS EN COLISIÓN DE NORMAS PENALES
- 3).-LA CREACIÓN DE UN NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

a).- Ya ha quedado establecido a lo largo de la investigación la trascendencia de la teoría de la norma en los casos de colisión de normas debido a que originalmente, el Código Penal para el Distrito Federal, de 1931, contemplaba la problemática en estudio en su artículo 59, que a la letra decía: Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor. Por su parte, el texto original del artículo 6, señalaba: Cuando se comete un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este código, con esta base, se llegó a opinar que la ley mexicana se acogía al principio de la mayor gravedad punitiva, criterio éste último diverso a los cuatro señalados en el cuerpo del presente trabajo y que se suma a los esfuerzos realizados para sistematizar esta figura jurídica. El texto del artículo 6, en su original redacción, si bien hacía referencia a la especialidad, no regulaba el problema de la concurrencia de normas toda vez que en su propio texto señalaba que la norma especial se aplicaría cuando se cometiera un delito no previsto en este código. No regulaba pues, concurso alguno, o bien conflicto de normas por colisión lo cual deja entrever que a falta de identidad en la creación de preceptos se adoptan circunstancias prácticas aunque no convenientes.

Mediante Decreto del Poder Legislativo de fecha 29 de diciembre de 1984, promulgado en la misma fecha por Decreto del Ejecutivo de la Nación y publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1985, se reformó el artículo

6 mencionado para quedar en los siguientes términos: Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria, se aplicarán éstos tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero de este código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones la especial prevalecerá sobre la general. Como consecuencia de esta reforma, quedó derogado el artículo 59 citado anteriormente.

Con el texto del artículo 6 reformado, se llega a la conclusión de que la legislación mexicana recoge el criterio de especialidad como expresamente válido para la solución de la problemática inherente a la concurrencia de normas penales de tal forma que exige en la actualidad un estudio obligado y serio de la figura en si como es el caso de la creación de normas generales siguiendo con el establecimiento de calificativas a cada tipo penal y con ello se diversifiquen sus objetivos de manera clara e impida la competencia de dos normas por un mismo hecho.

b).- Los aspectos fundamentales que deben de tomarse en consideración para el efecto de que se reforme y se lleve a cabo una legislación penal acorde a los requerimientos y principios de política criminal acordes a la época, son precisamente en lo que respecta al principio de legalidad que se traduce en que nadie puede ser sancionado por una acción o una omisión que la ley penal no describa en forma previa, precisa e inequívoca como delito y mucho menos podrá ser sometido apenas o medidas de seguridad que la ley no establezca con anterioridad para el tipo penal del que se trate de igual forma se contenga el principio del hecho el cual supone como presupuesto para la intervención del derecho penal la comisión de un hecho por parte de un sujeto, es decir, debe existir un hecho tipificado penalmente reconociéndosele la validez del derecho penal de hecho y no de autor, pero básicamente debe dejarse claro que al

respecto se considera al principio de responsabilidad de una manera donde la pena o medida de seguridad no se deberá imponer si la conducta penal no ha sido realizada con dolo o culpa con lo cual se concluye una existencia correcta del derecho, es decir que tiene gran importancia la observancia de los principios penales que el Código penal a nivel de reforma o bien en su nueva creación debe sistematizarlos e incluirlos en su redacción como ya se ha hecho por ejemplo con principio de INDUBIO PRO REO que su existencia se aprecia en el mismo Código Penal vigente al mismo tiempo debe observarse que dichos principio no lleguen a COLISIONarse en si mismos como en especie tal vez ha ocurrido en otras legislaciones cuando se contraponen la aplicación de los mas favorable al reo y el principio de mayor punibilidad y específicamente en lo que se refiere al conflicto suscitado entre el lenocinio y corrupción de menores habrá de crearse normas destinadas para un solo efecto y calificar sus modalidades sin que estas se relaciones en su descripción con otras normas penales .

c).- En lo que corresponde a la creación de un nuevo Código Penal para el Distrito Federal se considera por demás importante ya que la legislación penal data desde el año de 1931 sin que en la actualidad se haya dejado claro objetivamente el camino que persigue el derecho penal al respecto mayor aún por que la separación del Código Penal Federal y la legislación del Distrito Federal, únicamente con la eliminación de los delitos del orden federal demuestra que no existe una forma conciente de aplicación de la ley penal pero sobre todo si existen descuidos para la creación de la ley que ha de regir a este distrito federal desde luego es claro que se han dejado de lado diferentes figuras de gran importancia para la aplicación del derecho por tanto se considera importante que se lleve a cabo la creación de un nuevo Código Penal en el cual la parte general el derecho penal debe ser ampliamente exigente pues entre otras cosas se debe de reglamentar la territorialidad el aspecto temporal, personal, material, etcétera, y de

manera fundamental la concurrencia de normas incompatibles entre sí muy obligatoriamente las leyes penales especiales y la aplicación subsidiaria del código penal en los casos de los delitos especiales, definiendo los institutos penales de gran trascendencia, es decir, que en la existencia ya sea de la reforma penal o de una nueva legislación penal se contengan aspectos tan fundamentales como lo son precisamente la inclusión de los principios que han de regir por completo la legislación ya que sabido es y trillado por todos los autores que han escrito sobre la materia el hecho de que no existe realmente una tendencia o fin determinado hacia donde se dirija el derecho penal mexicano y por consecuencia nuestra legislación se encuentra plagada de situaciones contradictorias que vienen a conducir en una deficiente aplicación de la norma penal y de igual forma en la colisión de las mismas.

CONCLUSIONES

1.- El capítulo correspondiente a las normas morales y las buenas costumbres del Código Penal constituye una punición por parte del estado, toda vez que le corresponde al derecho calificar la proyección social y la valoración ético social que debe de regir como elemento normativo cultural en una sociedad.

2.- Los conflictos conocidos como colisión de normas son susceptibles de aparecer o presentarse básicamente entre normas de la parte especial del derecho penal, entre la parte general y la parte especial, siendo el antecedente básico y principio de derecho que precedió a la figura jurídica de la colisión de normas fue **IN TOTO IURE PER ESPECIE DEROGATUR.**

3.- La denominación que ha de ser correcta para referirse al llamado concurso aparente de normas lo es colisión de normas pues expresa con mayor propiedad gramaticalmente su descripción toda vez que el concurso implica compatibilidad en tanto que la colisión significa incompatibilidad.

4.- El principio *Lex specialis derogat legi generali*, la ley especial deroga a la ley general resulta inaplicable para efectos de criterio de solución de los casos de colisión de normas penal por que existen en la aplicación del derecho punitivo diferentes figuras con amplia descripción y sin embargo por dicho criterio impide su aplicación de una norma mas adecuada al caso concreto.

5.- La ubicación correcta y sistemática que le corresponde a la figura de colisión de normas en cuanto al derecho penal es precisamente la teoría de

ley penal puesto que se concluye que su estudio se trata de un problema de aplicación de la ley penal.

6.- Los delitos de índole sexual que se encuentran contenidos en el capítulo de delitos contra la moral pública y las buenas costumbres en el Código penal, deben reclasificarse y cambiarse a los delitos referidos y contenidos en el capítulo correspondiente a los delitos que afectan la libertad sexual ya que los delitos de corrupción de menores y lenocinio se encuentra vulnerando y afectando directamente la libertad sexual y no a la moral pública .

7.- Debe reformarse y adicionarse el concepto de moral pública incluido en este una definición subjetiva que permita hacer una clara distinción cuando la conducta infrinja el concepto en si mismo, pues es claro que la moral pública ha evolucionado actualmente en nuestro país.

8.- Debe llevarse a cabo una reforma penal integral en la que se adopte de manera clara y precisa una correcta adecuación de la teoría del tipo que permita hacer una clasificación correcta de los delitos contenidos en el código penal, para que a su vez esta clasificación vaya ordenada de acuerdo a los principios de especialidad, alternatividad, subsidiaridad principalmente.

9.- Se concluye y se propone una reforma penal en la que se lleve implícita una completa regulación de la colisión de normas en la que se disponga aquellos hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o mas preceptos del orden penal.

10.- Se concluye y se propone la abrogación de la actual legislación penal para que en su caso se promulgue un nuevo código penal característico y correspondiente a la política criminal imperante y que al mismo tiempo contenga y prevea los principios que han de dar solución a los conflictos generados por la colisión de tipos penales.

11- La inexistencia de una tendencia o ideología en el código penal vigente en cuanto a las normas penales y su dirección implica una incorrecta aplicación de la norma penal y muchas veces consecuentemente origina en sí la colisión de las mismas normas.

12.- Se considera a al principio de NOM BIS IN IDEM como el principal factor de seguridad Jurídica sobre el cual ha de limitarse la doble aplicación de una norma penal en agravio del sujeto penalmente responsable y con ello una base práctica en la solución a la figura de colisión de normas penales.

PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE

Debe decirse que la propuesta básica referida al derecho penal que como código debe prevalecer en el Distrito Federal, específicamente se debe concentrar en dos aspectos fundamentales que son referidos a la parte del derecho penal sustantivo y a la parte del derecho procesal penal, por lo que a manera de estudio me refiero a la primera parte.

El Código Penal debe ser moderno y debe contener desde luego bases dogmáticas y político criminales que lo sustentan, es decir en lo que respecta a la parte general contenidas las normas de aplicación general y la parte especial referida a las penas y medidas de seguridad y corrección para sus autores y partícipes, así como las circunstancias particulares que pudiera influir en la grabación o atenuación de la pena, así también el hecho de que exista una base ideológica, permite que se respeten de manera clara y la dignidad humana de los gobernados, hecho que desde luego tendría una clara aplicación resultado de los principios constitucionales.

La reforma al Código Penal deberá contener mas que una grabación de penas un instrumento esencial para mantener la paz social que nunca pueda constituir un medio para crear terror penal, es decir que cualquier conducta sea reprimida de manera brutal y así traducir esa reforma en un principio preponderante que pueda desarrollarse en la verdadera protección de los bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la sociedad, esto es relativo a poder pensarse que debe existir una depuración clara y concisa de los tipos penales que integran el código penal, primeramente por que muchos de ellos son obsoletos y

una gran mayoría COLISIONAN su aplicación entre ellos mismos como lo es el caso precisamente de los delitos de corrupción de menores y lenocinio, sobre todo porque estos en realidad tutelan el mismo bien jurídico y pretenden corregir la integración de la moral social que debe regir en nuestra sociedad a lo que cabe decir que en especie no se cumple, derivado desde luego de la amplia exigencia legislativa de punir la mayor parte de las conductas antisociales.

El principio básico que ha de seguirse en esta reforma, se refiere al principio de legalidad que se traduce en que nadie puede ser sancionado por una acción o una omisión que la ley penal no describa en forma previa, precisa e inequívoca del delito ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad o corrección que la ley no establezca con anterioridad para el tipo penal del que se trate, refiriéndose que este principio ayudaría de manera concreta a definir la inconsistencia que a título de redacción se encuentran en los tipos penales.

Se propone de manera concreta la eliminación de aquellos tipos penales que encuentren colisión con otros instrumentos de la misma naturaleza que a su vez afecten el mismo bien jurídico tutelado.

Debe contener esta propuesta un código penal o bien la reforma en cuanto a la redacción de aquellos tipos penales que en sí mismos entrañen la punición de una conducta, es decir a nivel de reforma deben establecerse tipos en los que a su vez a través de las fracciones y de diversas hipótesis agraven o atenúen la penalidad que les ha de corresponder a los infractores que violenten dichos preceptos.

En cuestión del código de procedimientos penales, este ha de contener el principio básico conocido como el *nom bis in idem* que en especie prohíbe la aplicación de doble pena donde precisamente se ubiquen una diversidad de hipótesis ante las cuales se declare inexistente o se depure el proceso para que la litis penal sea objetiva y conducente que al mismo tiempo evite una resolución que por inexistencia de la adecuación en el cuerpo del delito existe impunidad al respecto, asimismo dicho código de procedimientos penales ha de contener principios básicos, resolutores de la colisión de normas penales que vayan mas allá del actual contenido en el principio de especialidad para el efecto de resolver aquellas controversias que con motivo de la doble aplicación se susciten.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal, 8ª Edición, Editorial Temis, Bogotá 1988.
- 2.- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, Manual de Derecho Penal, primera edición, Editorial Aranzandi 1985.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, Vigésima Primera edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- 4.- CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- 5.- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Décimo Octava Edición, Editorial Bosch, 1979.
- 6.- Diccionario Jurídico Mexicano, Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 7.- GARCIA ALBERTO, Ramón, Non Bis In Idem, Material y Concurso de Leyes Penales, Primera Edición, Editorial S. L. Cedecs, Barcelona 1995.
- 8.- GARCIA RAMÍREZ, Sergio, Justicia Penal, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
- 9.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, et.al., Prontuario Del Proceso Penal Mexicano, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 10.- HEINRICH JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 4ª. Edición, Editorial Gravidá, Granada, España, 1993.
- 11.- JIMÉNEZ DE AZUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires Argentina, 1979.
- 12.- KAUFMANN, Armin, Teoría de las Normas, Primera Edición, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1977.

- 13.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular, tomo II, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1997.
- 14.- MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 15.- MARCELO TENCA, Adrián, Delitos Sexuales, Primera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001.
- 16.- MARTINEZ PEREDA, José Manuel, El Delito de Escándalo Público, Primera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.
- 17.- MONARQUE UREÑA, Rodolfo, Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito, Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2000.
- 18.- MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Segunda Edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá 1999.
- 19.- NAVARRO GARCIA, Raúl, Concurrencia de Normas Incompatibles entre Si, Criminología, año XLI, México, D.F., julio-diciembre 1975.
- 20.- NÚÑEZ AVALOS, Daniel, La Concurrencia de Normas en el Derecho Penal, Revista Jurídica Jalisciense, año 7, número 3, septiembre-diciembre 1997.
- 21.- OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Tomo III, Clau-Cons., Editorial Driskill, S.A.
- 22.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Concurso Aparente de Normas, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- 23.- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Concurso de leyes, error, y participación en el delito, Editorial Civitas, s.a., primera edición 1991.
- 24.- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del Delito, Primera Edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.
- 25.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Décimo Octava Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 26.- PORTE PETIT, Celestino, Evolución Legislativa Penal en México, 3ª. Edición, Editorial Jurídica Mexicana, México 1965.

- 27.- RAUL ZAFFARONI, Eugenio, Manual de Derecho Penal Parte General, Tercera Reimpresión, Editorial Cárdenas, México, 1997.
- 28.- ROZO ROZO, Julio E., Derecho Penal General, Parte Primera, Primera Edición, Universidad Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, D.C. 1999.
- 29.- SANTIAGO NINO, Carlos, El concurso en el Derecho Penal, Primera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1972.
- 30.- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 3ª. Edición, Editorial Tipográfica, Argentina, Buenos Aires, 1992.
- 31.- ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 8ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1999.