

885909



UNIVERSIDAD DE SOTAVENTO, A.C.



ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

"PROPUESTA PARA QUE EN EL CÓDIGO
PENAL DEL ESTADO, DE MANERA EXPRESA
SE ESTATUYA QUE SE ACTUALIZA LA
REINCIDENCIA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE
CUANDO SE TRATE DE DELITOS DOLOSOS"

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el título de:

Licenciado en Derecho

PRESENTA:

C. Kristell Roxana Sanchez Leyja

ASESOR DE TESIS:
LIC. RAÚL BLASI DOLORES

COATZACOALCOS, VER.

2005

m 343737



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.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional

NOMBRE:

FECHA:

FIRMA:

DEDICADA A:

MIS PADRES:

LIC. MANUEL JESÚS SÁNCHEZ ROMERO
LAE. ROXANA LEYJA MONTES

MIS HERMANOS:

HENDRIX MANUEL SÁNCHEZ LEYJA
PATRICKS JESÚS SÁNCHEZ LEYJA

MIS PADRINOS:

LIC. MIGUEL ANGEL SALAS DOMÍNGUEZ
CRUCITA GAMBOA DE SALAS

MIS ABUELITAS:

CLARA ROMERO OLIVEROS
MARIA MONTES ALEJO

MIS TIOS:

DR. JESÚS CUENCA PARDO
LIDIA LEYJA DE CUENCA

MIS PRIMOS:

JAZMIN A. CUENCA LEYJA
DAVID D. CUENCA LEYJA
JORDAN M. SÁNCHEZ WOOD

MIS AMISTADES:

JOS, NORMIS, SILVIN, KARLA,
CLAUS, SARA, GLADYS, ROBERTO,
LEDICIE, PERLA, ALEJANDRO,
MAIRA, ABRAHAM Y RICARDO.

AGRADECIMIENTOS A:

DIOS:

POR PERMITIRME LOGRAR ESTA META TRASCENDENTE EN MI VIDA.

MIS PADRES:

POR SU APOYO ECONÓMICO Y MORAL EN MI PREPARACIÓN ACADÉMICA.

LIC. RAUL BLASÍ DOLORES:

POR SUS CONOCIMIENTOS, PACIENCIA Y TIEMPO PARA DIRIGIR MI TESIS.

MIS MAESTROS:

POR TRANSMITIRME SUS CONOCIMIENTOS QUE CONTRIBUYERON EN MI DESARROLLO PROFESIONAL: LIC. FELIA RUEDA, LIC. CARLOS DE LA ROSA Y LIC. RAUL BLASÍ DOLORES.

¡GRACIAS!

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	01
-------------------	----

CAPITULO I

"ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO"

1.1 SENTIDO ETIMOLÓGICO, GRAMATICAL, DOCTRINAL Y LEGAL DE DELITO.....	04
1.2 LA CONCEPCIÓN TOTALIZADORA O UNITARIA DEL DELITO Y LA CONCEPCIÓN ANALÍTICA O ATOMIZADORA DEL MISMO.....	05
1.3 CONCEPTO DE DELITO: CARRARA, MAYER, BINDING, MEZGUER Y BELING.....	06
1.4 LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.....	07
1.5 SUJETOS DEL DELITO (ACTIVO Y PASIVO).....	11
1.6 OBJETO DEL DELITO (MATERIAL Y JURÍDICO).....	13
1.7 ELEMENTOS DEL DELITO (ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO).....	14
1.8 EXPLICACION DE LOS ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DELO DELITO.....	15
1.9 PRESUPUESTOS DEL DELITO.....	30

CAPITULO II

"ANALISIS DE OTROS ASPECTOS DOCTRINALES Y LEGALES DEL DELITO"

2.1 LA VIDA DEL DELITO.....	32
2.2 DELITO INSTANTÁNEO, PERMANENTE Y CONTINUADO.....	35
2.3 DOLO, CULPA YPRETERINTENCIONALIDAD.....	38
2.4 ERROR.....	43
2.5 CAUSAS EXCLUYENTES DE INCRIMINACIÓN.....	44
2.6 LA TENTATIVA.....	46
2.7 EL CONCURSO DE DELITOS.....	47
2.8 LA REINCIDENCIA.....	50
2.9 LA HABITUALIDAD.....	50

2.10 LA PARTICIPACIÓN, AUTORÍA, COAUTORÍA, CÓMPLICE, ENCUBRIMIENTO, PANDILLERISMO Y ASOCIACIÓN DELICTUOSA.....	51
2.11 LA COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS.....	57

CAPITULO III

"LA REINCIDENCIA: ESTUDIOS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DOCTRINARIOS, SU UBICACIÓN LEGAL Y SOBRE CUESTIONES OMITIDAS"

3.1 REINCIDENCIA. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.....	58
3.2 SENTIDO ETIMOLÓGICO, GRAMATICAL, DOCTRINARIO Y LEGAL DE LA REINCIDENCIA.....	58
3.3 REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA.....	59
3.4 NATURALEZA DE LA REINCIDENCIA.....	60
3.5 TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE.....	61
3.6 EFECTOS.....	62
3.7 CLASES DE REINCIDENCIA.....	64
3.8 PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA.....	66
3.9 LA REINCIDENCIA Y EL CONCURSO REAL.....	67
3.10 LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD.....	68
3.11 POSICIÓN DE LA DOCTRINA ACTUAL FRENTE AL MANTENIMIENTO DE LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE.....	69
3.12 LA REINCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL.....	72
3.12.1 EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.....	73
3.12.2 EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.....	73
3.12.3 EN EL CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ.....	75
3.13 EL ARTÍCULO 33 DEL CPV Y LAS CUESTIONES OMITIDAS.....	76
3.14 PROPUESTAS.....	79
CONCLUSIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	86

INTRODUCCIÓN

La vida en muchas ocasiones nos presenta retos, obstáculos o escollos que debemos salvar para seguir en el camino de la superación. Hoy, con estas líneas, estoy enfrentando uno que para mí representa un reto muy especial: elaborar mi tesis, investigación escrita, fundamentada, razonada y propositiva, que es una exigencia académica y la antesala para poder presentar un examen recepcional.

Realmente es un verdadero reto para la suscrita, dado que mis catedráticos en la universidad me dieron las bases principales de mi formación jurídica, en muchas ocasiones me encargaron tareas e investigaciones escritas, a veces de manera individual y muchas otras veces de manera colectiva, pero, hacer una investigación sola, tener que seleccionar los textos que realmente me servirían en la empresa por comenzar, leer a una infinidad de autores, sopesar el pensamiento de uno y otro autor, escuchar opiniones de personas versadas en el tema que escogí, estructurar mi investigación y delimitar el marco hipotético y teórico, eso no lo aprendí en la escuela, esa disyuntiva representó uno de mis primeros trabajos como abogado fuera del aula. Obvio que tal responsabilidad no fue, por ningún motivo, ninguna tarea fácil. Claro que debo reconocer que en todo momento conté con la asesoría, los consejos, las orientaciones, el estímulo y la paciencia de mi asesor de tesis y eso me ayudó mucho!

Aunque parezca repetitiva, hacer una tesis es un problema que tiene sus bemoles; la tesis es un estudio profundo y demostrativo de una proposición; en ella no se abordan situaciones económicas, sociales, históricas o políticas, no basta con el interés de estudiar y no tiene como finalidad divulgar conocimientos como acontece en la monografía. Como ya dije, es un trabajo escrito que consiste en una demostración sistemática, sustentada científicamente, de una postura conceptual o de una propuesta de índole profesional, metodológica o tecnológica en la que el sustentante, con bases en estrategias y fuentes de investigación documentales, hace una aportación novedosa y crítica a un área de su profesión.

Hechas las acotaciones anteriores, quiero asentar que la investigación que presento se relaciona con la materia sustantiva, especialmente con la penal y de manera muy específica con la figura de la reincidencia. Ante tal propósito, he decidido ponerle como título tentativo ---salvo la mejor opinión de mi jurado examinador--- ***"Propuesta para que en el Código Penal del Estado, de manera expresa se estatuya que se actualiza la reincidencia única y exclusivamente cuando se trate de delitos***

dolosos". Dado la temática que a primera vista deja entrever el título de la tesis, debe ser punto indicativo que lo que se busca es proponer que el legislador veracruzano redacte de una mejor manera el contenido del artículo 33 del código punitivo estatal y así considere cuestiones que han sido omitidas o mejor aún que hasta la fecha ningún código de defensa de la república mexicana ha contemplado.

Para lograr de manera satisfactoria los objetivos trazados desde el inicio de esta investigación, he considerado oportuno moldear este trabajo en base a tres capítulos muy importantes e interconectados unos con otros, haciendo de manera lógica un todo con una coherencia didáctica que se aprecia a simple vista. En el capítulo primero, intitulado "Aspectos fundamentales de la teoría del delito", me avocó, porque así lo consideré preciso, a hacer un repaso teórico doctrinal de diversos tópicos penales que tienen relación directa y proporcional con el delito; así, propuse diversas definiciones de delito, diversas concepciones, los conceptos de delito a decir de grandes autores (todos foráneos), la clasificación de los delitos, los sujetos que intervienen en el mismo, el objeto material y jurídico, los aspectos positivos y negativos, para concluir con los presupuestos del delito. En el capítulo segundo, el estudio sobre el delito continúa, con la diferencia de que el estudio y desarrollo que acá se hace ya no solo es doctrinal sino también legal, motivo primordial por el cual el título del mismo es "Análisis de otros aspectos doctrinales y legales del delito". Con este segundo apartado, lo que se estudia es la vida del delito; cuándo se presentan los delitos instantáneos, en qué casos los permanentes y en que condiciones los continuados; el dolo, la culpa y la preterintencionalidad; las causas excluyentes de incriminación; la tentativa; el concurso de delitos; según la doctrina y la ley, cuándo la reincidencia, cuándo la habitualidad y cuando la autoría, la participación, la coautoría, la complicidad, el encubrimiento, el pandillerismo, la asociación delictuosa, para concluir el estudio con la comunicabilidad de circunstancias. El tercer y último capítulo, se circunscribe totalmente a la figura jurídica que es el eje central de la tesis, es decir, a la reincidencia. De tal figura se estudian y desarrollan los aspectos teóricos y legales más importantes. De inicio se hace un repaso de su evolución histórica, posteriormente se estudian los requisitos, la naturaleza, efectos, clases, prescripción y teorías que discurren sobre el fundamento de la reincidencia como circunstancia agravante, así como la posición de la doctrina moderna respecto al mantenimiento o desaparición de tal figura jurídica; también se sopeso la importancia de discutir la diferencia entre el concurso real y la reincidencia y entre esta última y la habitualidad. No quise y además porque la naturaleza del trabajo así lo exigía, dejar de anotar la ubicación de la reincidencia por parte de tres

leyes penales importantes: el código penal federal, el del Distrito Federal y el código de la entidad veracruzana.

Como todo trabajo innovador y propositivo, forzosamente en tema aparte he señalado la o las propuestas que considero deben servir para orientar el rumbo, delimitar fronteras, despejar dudas, aclarar redacciones y sobre todo, contribuir con mi granito de arena para lograr una legislación más acorde a la realidad en que vivimos. También se anotan los puntos conclusivos que por ley todo investigador serio, responsable y disciplinado debe inferir con el tratamiento de los temas que se avocó a investigar. De igual forma, en la parte final están enlistados toda una gama de los más variados autores.

Fraternalmente

Kristell Roxana Sánchez Leyja.

CAPITULO I "ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO"

1.1 SENTIDO ETIMOLÓGICO, GRAMATICAL, DOCTRINAL Y LEGAL DE DELITO.

Etimológicamente hablando, la palabra "delito", deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar y el prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino".

De manera gramatical diversos diccionarios lo definen así:

El **Diccionario básico Larousse** dice que *delito es la infracción a la ley de menor gravedad que el crimen*.¹

El **Diccionario Academia** lo define como *el quebrantamiento de la ley*.²

Por su parte la doctrina por medio de los siguientes autores lo define así:

Efraín Moto Salazar, expresa que el delito es acto culpable, antisocial e ilícito, sancionado por la ley penal.³

Rafael De Pina Vara, nos menciona que *es el acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal*.⁴

Luis Jiménez de Asúa por su parte lo define como *el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*.⁵

¹ DICCIONARIO BASICO LAROUSSE. Editorial Ultra; México, 2003, p.161.

² DICCIONARIO ACADEMIA. Editorial Fernández editores; México, 1990, p.59.

³ MOTO SALAZAR, Efraín. "Elementos de Derecho". Editorial Porrúa; México, 1975, P.308.

⁴ DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario Jurídico". Editorial Porrúa; México, 1998, p. 219.

⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. "Biblioteca Clásicos del Derecho. V. 7 Lecciones de Derecho Penal". Editorial Harla; México, 1999, p.115.

Atendiendo a la legislación penal mexicana debe decirse que el delito es definido por diversos cuerpos legales de la siguiente manera:

El Código Penal para el Estado de Veracruz en su artículo 18 de manera expresa dice que delito es *la acción u omisión que sancionan las leyes penales*.

En los mismos términos se conduce el Código Penal Federal, al señalar señalar en su artículo 7 que delito es *la acción u omisión que sancionan las leyes penales*.

El novísimo Código Penal del Distrito Federal de igual modo en su artículo 15 señala que delito es *la acción u omisión que sancionan las leyes penales*.

1.2 LA CONCEPCIÓN TOTALIZADORA O UNITARIA DEL DELITO Y LA CONCEPCIÓN ANALÍTICA O ATOMIZADORA DEL MISMO.

Teóricamente existen dos formas de comprensión del fenómeno cultural denominado delito: la unitaria o totalizadora y la analítica o atomizadora. Se impone la elección de la teoría estratificada o analítica del delito, tomando en cuenta que la finalidad principal de una explicación ordenada y sistemática del mismo consiste en una aplicación segura y uniforme del derecho penal.

Según la **concepción totalizadora o unitaria**, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, es un concepto indivisible, insoluble. En efecto, los autores de esta concepción sostienen que el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en ningún modo fraccionable.

Esta tendencia es contundente al afirmar que el delito es una unidad que no admite divisiones, es decir, lo estudian como una totalidad.

Por el contrario, los autores de la **concepción analítica** estudian el delito por sus elementos constitutivos; para ellos el delito si es fraccionable, en consecuencia, es divisible para su estudio. En cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número, otros señalan más elementos; surgen así concepciones biatómicas, triatómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, etc.

A continuación en un cuadro específico, se anotan las diversas corrientes que surgen dentro de la concepción analítica así como los elementos que según cada una de ellas tiene el delito.

CORRIENTE	ELEMENTOS DEL DELITO
BIATÓMICA	CONDUCTA Y TIPICIDAD
TRIATÓMICA	CONDUCTA, TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD
TETRATÓMICA	CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD
PENTATÓMICA	CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD
HEXATÓMICA	CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD Y CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Jiménez de Asúa dice al respecto *sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionadas por las leyes.*⁶

De las teorías que se ocupan de este asunto, la más aceptada durante mucho tiempo fue la "heptatómica" difundida entre nosotros por el profesor Celestino Porte Petit, que sostuvo la existencia de siete elementos: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad. Actualmente suele analizarse el delito a la luz de tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Cada uno de estos datos puede ser eliminado por una circunstancia o causa excluyente.

1.3 CONCEPTO DE DELITO: CARRARA, MAYER, BINDING, MEZGUER Y BELING.

Es obvio que entre los diversos autores de las distintas escuelas penales no hay uniformidad de criterios respecto de la conceptualización del

⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luis. "La Ley y el Delito". Editorial Hermes; Barcelona, 1954, p.225.

delito. A continuación en breves palabras se apunta lo que en resumen piensa cada autor de lo que es el delito:

Francisco CARRARA lo define como *la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*

Max Ernesto MAYER los define como un *acontecimiento típico, antijurídico e imputable.*

Carlos BINDING, sentó la tesis desconcertante, de que *el delito no es lo contrario a la ley, sino lo contrario a la norma, entendido por tal un precepto de derecho no legislado, pero que va insito en ella.*

Edmundo MEZGUER lo considera una *acción típicamente antijurídica y culpable.*

Ernesto VON BELING lo define como *la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad.*

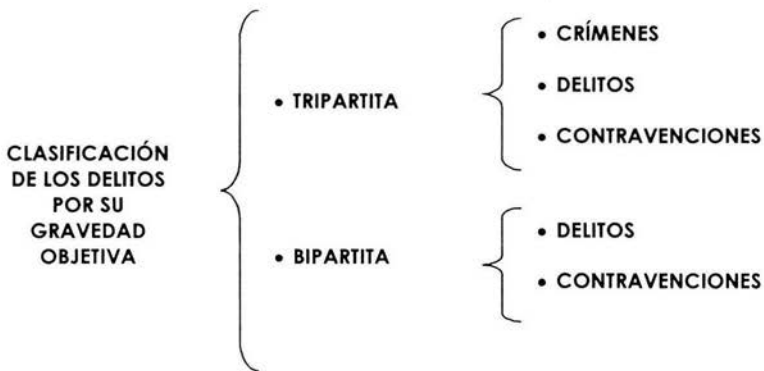
1.4 LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.

Realmente hay una infinidad de clasificaciones que los autores hacen de los delitos. Por nuestra parte, como la finalidad del trabajo de investigación es analizar sobre la reincidencia, consideramos que no es necesario anotar todas y cada una de las clasificaciones que hasta el día de hoy se han desarrollado, en consecuencia nos abocaremos a la que a continuación se presenta.

CLASIFICACIÓN DE
LOS DELITOS

- POR SU GRAVEDAD OBJETIVA
- POR SU NATURALEZA INTRÍNSECA
- POR EL BIEN JURÍDICO LESIONADO

POR SU GRAVEDAD OBJETIVA: Las leyes penales, atendiendo a la clasificación de los delitos por su gravedad objetiva, han seguido, por lo general, dos divisiones importantes:



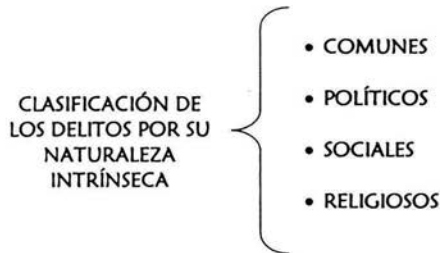
El artículo 1º del Código Penal francés de 1810 que contiene los que pudiéramos denominar dogmas de clasificación tripartita, reza: "La infracción que las leyes castigan con penas de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva o infamante es un crimen".

Respecto a la clasificación tripartita de las infracciones penales que el derecho francés conserva todavía, se ha dicho que los crímenes lesionan la libertad y la vida, los delitos, los derechos derivados del pacto social, como la propiedad, y las contravenciones suponen meras infracciones a los reglamentos de policía.

La opinión científica se decide, más que por la tripartición, por la bipartición. Entre los crímenes y delitos no hay diferencia alguna de cualidad, sino de cantidad. Por el contrario, la diferencia entre delito y contravención, responde por lo general, a un criterio cualitativo. Así, la doctrina ha sostenido que el delito afecta la seguridad social y la contravención la prosperidad (Carrara); que el delito lesiona un derecho subjetivo y la contravención la norma creada por razón de mayor utilidad social (Soler); el delito importa siempre una lesión y la contravención ordinariamente un peligro (Zanardelli); el delito ofende las condiciones

permanentes y fundamentales de la existencia social y la contravención las condiciones secundarias y complementarias (Impallomeni); el delito viola la norma jurídica y la contravención la desobedece (Binding); el delito ofende bienes culturales jurídicamente protegidos y la contravención intereses administrativos (Goldsmidt).

POR SU NATURALEZA INTRÍNSECA: Por su naturaleza intrínseca, los delitos se han dividido en:



a. Los delitos comunes son aquellos cuya ejecución lesionan los bienes jurídicos de los gobernados; se dicen comunes los que no son políticos, sociales ni religiosos. Pueden, en términos generales, definirse por su exclusión.

Atendiendo a otro tipo de clasificación, algunos autores los definen como aquellos que se forman en leyes dictadas por las legislaturas locales.

b. Los delitos políticos no han sido definidos de manera satisfactoria. Generalmente se incluyen como tales todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes.

El Diccionario Jurídico lo define a los delitos políticos como *la infracción cometida por motivos político- sociales o de interés público, siendo su objeto la destrucción de un orden político concreto.*⁷

El Código de Procedimientos Penales para el Estado en su título XVI nos señala algunos ejemplos de este tipo de delitos, específicamente se encuentran los que son contra la Seguridad del Estado, verbigracia, la conspiración, rebelión, sedición, terrorismo y sabotaje.

⁷ DICCIONARIO JURIDICO. Editorial Porrúa; México, 1998, p. 221.

c. Los delitos sociales, es decir, los cometidos con la finalidad de producir una perturbación o un cambio en la estructura económico social de la colectividad.

d. Los delitos religiosos, anteriormente se usaba el término para referirse por un lado a actos violatorios de los deberes del hombre hacia Dios y por el otro los actos violatorios de los deberes del ciudadano para con la religión del Estado.

El Código de Derecho Canónico encontramos ejemplos de delitos religiosos tales como: apostasía, herejía y cisma (en contra de la religión y la unidad de la Iglesia); violencia física, incitación a la desobediencia y la expropiación no autorizada de la propiedad (en contra de las autoridades eclesiásticas y la jerarquía de la Iglesia); simulación de los sacramentos, ordenaciones no autorizadas y violación del secreto de confesión (usurpación de funciones eclesiásticas); falsificación de los documentos de la Iglesia e injuria al buen nombre de una persona; clérigos comprometidos con negocios o comercio, o atentar contra el matrimonio (en contra de obligaciones especiales); homicidio y aborto.

La legislación mexicana no regula nada sobre los delitos religiosos, únicamente el artículo 24 constitucional consagra la garantía de la libertad de creencias y de libertad de cultos. Tal precepto supremo a la letra dice: *"Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que mas le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley"*. Únicamente nos otorga la garantía de profesar la religión que más nos agrade siempre y cuando no se manifieste en actos ilícitos y se cumpla con las reglas que señalen las disposiciones de la materia.

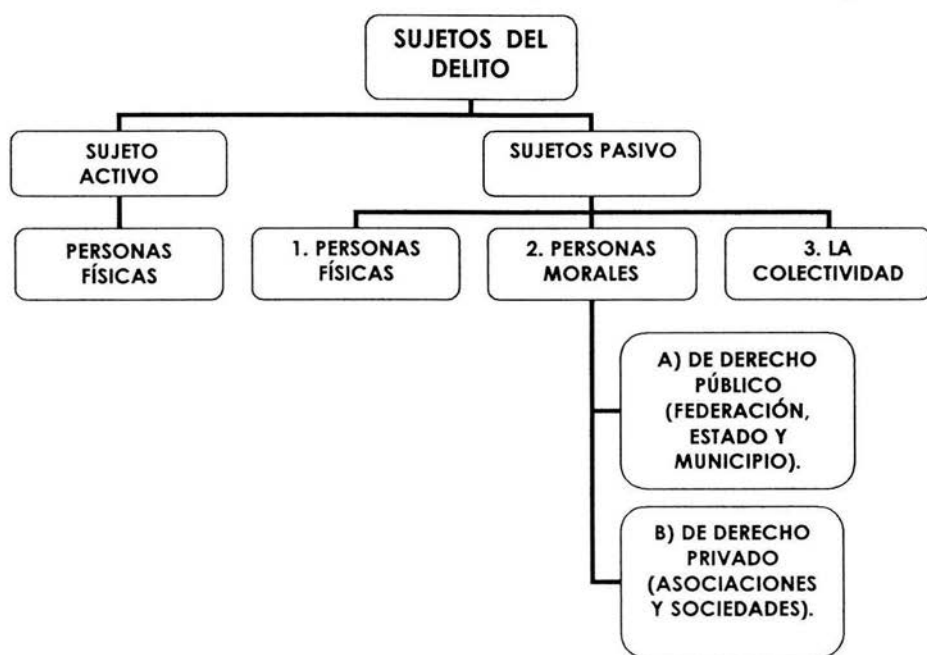
POR EL BIEN JURÍDICO LESIONADO: Los Códigos Penales acostumbran a clasificar los delitos por el bien jurídico lesionado, que por lo general, sirven de principio de división para los Títulos. En algunos de éstos también hacen clasificaciones respecto a los sujetos activos del delito y en cuanto a las características de la acción delictiva. Podríamos decir que los Códigos Penales Mexicanos concuerdan con esta última clasificación, por ejemplo en el Código Penal de Estado encontramos el caso del título XIII "Delitos de Falsedad", que no hace referencia a ningún bien jurídico.

Los intereses jurídicamente protegidos se titularizan en la persona física o moral (esta última de Derecho Público o de Derecho Privado) o en la

colectividad. Los bienes jurídicos personales son numerosos, en tanto que los colectivos se reducen generalmente a uno solo (seguridad colectiva).

Los Códigos Penales siguen, por lo común, una ordenación metodológica, que inician de mayor a menor entidad del sujeto pasivo (Estado-individuo) o viceversa (individuo-Estado). El Código Penal para el Estado de México sigue la primera ordenación. La colectividad ocupa un lugar intermedio.

1.5 SUJETOS DEL DELITO (ACTIVO Y PASIVO)



El **sujeto activo** del delito es la persona humana que realice la acción punible. Es decir, la persona a quien dicha acción es imputable o atribuible.

Dicho en otras palabras, este sujeto es la persona física que comete o realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal. Se le ha atribuido diversas denominaciones tales como, ofensor, infractor, delincuente, agente o criminal. Debe hacerse

énfasis que será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, nacionalidad y otras características.

Doctrinalmente se le ha dividido en sujeto activo primario y sujeto activo secundario. El primero, es decir, el sujeto primario es el que realiza la conducta descrita en la norma penal. Por el contrario, el secundario es aquel que, sin haber realizado de propia mano dicha conducta, toma parte en la realizada por otro, por alguno de los modos descritos en la ley penal.

En líneas anteriores ya se dijo que sujetos activos del delito lo son única y exclusivamente personas físicas, en consecuencia, las personas morales no pueden ser, en manera alguna, sujetos activos del delito. Sólo las personas humanas tienen capacidad de conducta o de acción y pueden tener capacidad de voluntad para realizar una acción u omisión que infrinja el ordenamiento jurídico penal.

La delincuencia de las personas morales no está expresamente admitida por la ley. Así por ejemplo, el artículo 27 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, mismo que se refiere a la responsabilidad de las personas morales, dispone expresamente: "Para los efectos de este Código, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas. Sin embargo, cuando un miembro o representante de una persona moral, con excepción de las instituciones públicas del Distrito Federal, cometa algún delito con los medios que para tal objeto la misma persona moral le proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Juzgador impondrá en la sentencia, previo el procedimiento correspondiente y con intervención del representante legal, las consecuencias jurídicas accesorias previstas en los artículos 68 y 69 de este Código para dichas personas, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por los delitos cometidos". Del propio precepto se desprende que quien comete el delito es un miembro o representante, es decir, una persona física y no la moral, sin embargo si son varios o todos los socios los que cometen el delito estamos frente a un caso de participación.

El sujeto pasivo del delito, al cual también se le denomina víctima u ofendido, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por aquél. Esta calidad a diferencia del sujeto activo, se extiende tanto a personas físicas como a las morales de derecho público o de derecho privado.

Las personas físicas lo son desde el nacimiento hasta la muerte. El producto de la concepción no puede serlo porque carece de personalidad,

pues si bien es cierto que la ley penal sanciona el aborto, es en atención no a un derecho subjetivo del producto de la concepción, sino a favor del interés demográfico de la colectividad, que cualquiera que sea el grado de crecimiento y desequilibrio que dicho aumento poblacional puede ocasionar entre la producción y el consumo, tiene el derecho abstracto a reproducirse.

En cuanto a las **personas morales** pueden ser sujetos pasivos del delito: las de **Derecho Público** (Federación, Estado, Municipio) cuando lesionen o pongan en peligro sus bienes jurídicos; las personas morales de **Derecho Privado** (asociaciones y sociedades) pueden serlo igualmente por ser titulares de bienes jurídicos de naturaleza patrimonial.

La colectividad personificada jurídicamente puede ser igualmente, de acuerdo con la doctrina más autorizada, sujeto pasivo del delito. La colectividad tiene bienes jurídicos propios como son los descritos en el Título Segundo del Libro II del Código Penal para el Estado de México, cuya violación directa, es susceptible de afectar indirectamente a bienes jurídicos individualizados. La familia, colectividad familiar engendra, a su vez, un orden familiar generador de relaciones jurídicas susceptibles de ser afectada por el delito.

También existe **el sujeto ofendido** que es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal como ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

1.6 OBJETO DEL DELITO (MATERIAL Y JURÍDICO).

Una gran variedad de autores nacionales y extranjeros distinguen entre objeto material y objeto jurídico del delito. Explicando cada uno de ellos tenemos que:

El **objeto material** lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.

Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo: por ejemplo el homicidio, lesiones y difamación.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, aguas, etc. Por ejemplo, en el delito de robo, la cosa mueble ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales, y en el ilícito de daño en propiedad ajena lo son los muebles o los inmuebles, indistintamente.

El **objeto jurídico** es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan. Según Franco Sodi el objeto jurídico es la norma que se viola, en tanto que para Ignacio Villalobos, lo es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito; con tal afirmación estamos de acuerdo, ya que en los delitos por ejemplo, de homicidio, de robo y de raptó, los intereses protegidos son la vida, la propiedad y la libertad, valores constitutivos del objeto jurídico de tales infracciones penales.

1.7 ELEMENTOS DEL DELITO (ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO).

Desde el punto de vista cronológico, para que se de un delito deben concurrir todos los elementos, por ello se afirma que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta y luego la tipicidad por decir algo, sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos.

Según la doctrina a cada aspecto positivo del delito corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración.

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
1. ACTIVIDAD	OMISION
2. TIPICIDAD	ATIPICIDAD
3. ANTIJURIDICIDAD	CAUSAS DE JUSTIFICAIÓN
4. IMPUTABILIDAD	CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD
5. CULPABILIDAD	CAUSAS DE INCULPABILIDAD
6. PUNIBILIDAD	EXCUSAS ABSOLUTORIAS
7. CONDICIÓN OBJETIVA	AUSENCIA DE CONDICIÓN OBJETIVA

1.8 EXPLICACIÓN DE LOS ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

1. ACTIVIDAD Y OMISIÓN

La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente.

La acción es la facultad para actuar, se da por movimientos o comportamientos, sus elementos son:

- a) La voluntad
- b) La actividad
- c) El resultado
- d) La relación de causalidad conocida también como nexo causal.

El aspecto negativo de la conducta es la ausencia de conducta, la cual abarca la ausencia de acción o la omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

Para **Jiménez Huerta** la omisión *es el estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad.*⁸

La omisión o falta de acción consiste en realizar una conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento. La omisión tiene cuatro elementos:

- a) Manifestación de la voluntad.
- b) Una conducta pasiva (inactividad).
- c) Deber jurídico de obrar.

⁸ JIMENEZ HUERTA, Mariano. "Panorama del Delito". Editorial Porrúa; México, 1980, p.23.

d) Resultado típico jurídico.

La omisión puede ser *simple* o *comisión por omisión*; la primera consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida; la segunda, es un no hacer voluntario imprudencial, cuyo abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de dar alimentos a los hijos, con lo que se causa la muerte de estos. Los delitos de omisión simple producen un resultado típico, y los de comisión por omisión un resultado típico y uno material.

2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

La **tipicidad** es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

El **tipo** es la descripción legal de una conducta como delictiva, es la figura abstracta que el legislador consagra como ley, etimológicamente significa "modelo", tipicidad es el encuadramiento de la conducta concreta (acción u omisión) al tipo, a la fórmula legal.

Las funciones que se le atribuyen a la tipicidad son tres:

- 1. Garantista:** la tipicidad es expresión del principio de legalidad y da seguridad jurídica. Una conducta, por muy reprochable que parezca, si no encaja en el molde que nos da el legislador, es un hecho atípico, no se puede perseguir.
- 2. De motivación:** permite que el destinatario de la norma pueda conocer cual es la conducta prohibida de cuya realización debe abstenerse.
- 3. Indiciaria:** La constatación de que un acto típico no debe presuponer que es antijurídico. La tipicidad de una conducta comporta tan solo el indicio de que además puede ser antijurídica. Por tanto el tipo es indicio de que la conducta va a resultar antijurídica.

La conducta que encaja en el tipo penal, como si fuera un molde, tiene que lesionar un bien socialmente protegido.

La tipicidad se encuentra apoyada por los siguientes principios, mismo que constituyen una garantía de legalidad:

- Nullum crimen sine lege No hay delito sin ley
- Nullum crimen sine tipo No hay delito sin tipo
- Nulla poena sine tipo No hay pena sin tipo
- Nulla poena sine crimen No hay pena sin delito
- Nulla poena sine lege No hay pena sin ley.

Si el aspecto positivo del delito lo es la tipicidad, su **aspecto negativo** lo constituye la **atipicidad**, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la inexistencia del delito.

La tipicidad se encuentra debidamente plasmada en el artículo 14 Constitucional, párrafo tercero, que a la letra dice: "En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

El moderno Código penal veracruzano en su artículo 24 párrafo segundo define a la atipicidad como la inexistencia de alguno de los elementos de la descripción legal.

Más sin embargo, cabe mencionar que muy a menudo se suele confundir la atipicidad con otro elemento del delito: la ausencia de tipo, el cual es completamente distinto. En la atipicidad se habla de una no adecuación a lo descrito en la ley (tipo) y en la ausencia de tipo se habla de que en que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada, si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado.

Las causas de Atipicidad son:

1.- Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivo. En el delito de peculado el sujeto activo ha de tener la calidad de Servidor Público.

2.- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico. Cuando se pretende privar de la vida a quien ya no la tiene.

3.- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo. En el delito de asalto se requiere que se cometa en despoblado, con violencia.

4.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley. En el delito de violación se requiere que se realice por medio de la violencia física o moral.

5.- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. En el delito de peligro de contagio la norma establece que el que ha sabiendas de que esta enfermo de un mal grave y transmisible ponga en peligro de contagio a otro.

6.- Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La Antijuridicidad es lo contrario a derecho, lo contrario a lo establecido en la norma jurídica. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, es decir, ha de ser antijurídica.

Lo que llamamos antijurídico es todo lo que va en contra de un derecho. Un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por la ley, y que denota la conducta contraria a Derecho. El término Antijuridicidad proviene de la traducción del alemán *Rechtswidrigkeit*, que en su sentido literal significa "lo que no es Derecho", aunque en realidad la conducta jurídica no está tanto fuera del Derecho, como que éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas. La Antijuridicidad es uno de los elementos esenciales del delito, de tal forma que para que una conducta se considere delito debe ser antijurídica y estar tipificada como tal en la ley penal.

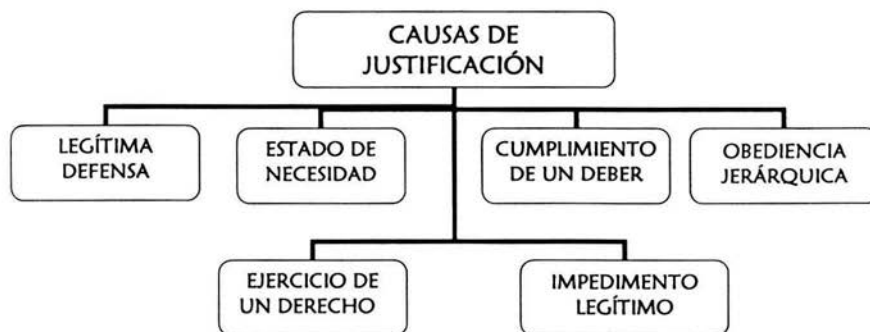
Villalobos define antijuridicidad como la *violación de las normas objetivas de valoración*.⁹

Por tradición se ha venido distinguiendo entre la Antijuridicidad formal, que es aquella que viola lo señalado por la ley, y la material, cuando se trata de una conducta antisocial. En realidad una Antijuridicidad material sin Antijuridicidad formal no tiene ninguna relevancia para el Derecho. Por otro lado, la Antijuridicidad material sirve de fundamento para la formal, de tal modo que aquella conducta prohibida por la ley penal debe serlo porque protege un bien jurídico (Antijuridicidad material). Así, aunque no toda conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico es antijurídica desde una perspectiva formal, en toda conducta antijurídica, en el plano concreto, debe existir esa lesión o puesta en peligro.

El aspecto negativo lo constituyen las **causas de justificación**, que son las razones o circunstancias que anulan la antijuridicidad de la conducta típica realizada.

La propia ley establece los casos en que se justifica la conducta típica, con lo cual se anula la antijuridicidad.

La legislación penal mexicana, especialmente la federal, contempla las siguientes:



A continuación de manera muy resumida se explican cada una de las referidas causas de justificación. Así de las cosas tenemos que:

⁹ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa; México, 1960, p.251.

LEGÍTIMA DEFENSA: Consiste en repeler una agresión, actual o inminentemente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Elementos de la Legítima Defensa.
<ul style="list-style-type: none"> • Repeler. Implica que la agresión ejercida, sin haberla provocado se rechace.
<ul style="list-style-type: none"> • Agresión. Es actuar contra una persona con la intención de afectarla.
<ul style="list-style-type: none"> • Agresión real. Que sea algo cierto, no imaginado; que no se trate de una suposición.
<ul style="list-style-type: none"> • Agresión actual. Que ocurra en el mismo instante de repelerla.
<ul style="list-style-type: none"> • Agresión inminente. Que sea próxima o cercana; de no ser actual por lo menos que este a punto de ocurrir.
<ul style="list-style-type: none"> • Sin derecho. La agresión debe carecer de Derecho, por que la existencia de este anularía la antijuridicidad.
<ul style="list-style-type: none"> • En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. La repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, ya sea propio o ajeno.
<ul style="list-style-type: none"> • Necesidad racional de la defensa empleada. La acción necesaria para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.
<ul style="list-style-type: none"> • Que no medie provocación. El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende deberá hacer dado causa a ella.

Es importante aclarar que la repulsa que se haga a la agresión debe ser la necesaria y proporcionalmente al posible daño, es decir, no extralimitarse. **Von Liszt** indica al respecto: "No debe de traspasar los

límites de la estricta necesidad”, de lo contrario, estaríamos hablando de una exceso en la legítima defensa.

ESTADO DE NECESIDAD: Consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, sin tener el deber de afrontar, siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con lo cual cause algún daño o afectación a bienes jurídicos ajenos.

Elementos del Estado de necesidad.
<ul style="list-style-type: none">• Peligro. Debe existir la amenaza (posibilidad segura) de una situación que pueda causar daño de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. Al igual que la legítima defensa el peligro debe ser real, actual o inminente.
<ul style="list-style-type: none">• El Peligro no debe haberlo ocasionado el agente. La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencional y de grave imprudencia; si esto ocurriera no podrá invocarse el Estado de necesidad.
<ul style="list-style-type: none">• El peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Al igual que en la legítima defensa, los bienes tanto propios o ajenos son amparados por el Estado de necesidad.
<ul style="list-style-type: none">• Causar un daño. El agente obrará ante el peligro de tal forma que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro (propio o ajeno) el daño carecerá de antijuridicidad.
<ul style="list-style-type: none">• Que el agente no tenga el deber de afrontar dicho peligro. De existir esa obligación, sería otra causa de justificación, pero no estado de necesidad.
<ul style="list-style-type: none">• Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Ante el peligro, el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será causa justificada, en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o que no hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.

Existe discrepancia entre el valor de los bienes (salvado y sacrificado), algunos autores dicen que el sacrificado debe ser de menor

valor que el salvado; mientras que otros dicen que ambos deben ser de igual jerarquía. Algunos ejemplos de estado esta causa de justificación son el aborto terapéutico o también conocido como aborto necesario y el robo de indigente o famélico.

Diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa.

- a. En la legítima defensa hay agresión, en el estado de necesidad hay ausencia de ella.
- b. La legítima defensa implica el choque de un interés ilegítimo (agresión) con otro lícito (defensa); el estado de necesidad implica un conflicto de intereses legítimos.
- c. La legítima defensa se origina por un acto injusto del hombre; el estado de necesidad por un hecho o situación ajena a la voluntad del hombre.

EJERCICIO DE UN DERECHO: Es causar algún daño cuando se obra en forma legítima, siempre que exista el medio racional empleado. El daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación.

Un ejemplo claro son los deportes de combate, como el box, artes marciales, en los cuales, de producirse lesiones u homicidio, existirá una causa de justificación derivada del ejercicio de un derecho, desde luego que también podría probarse le existencia del dolo o de alguna agravante por parte del contendiente.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER: Consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

Podría decirse que es igual al concepto de ejercicio de un derecho, lo único que los diferencia es que en el primer caso, se ejercita un derecho, mientras que en el segundo ocurre el cumplimiento de un deber, la mayoría de las veces, ambas situaciones se encuentran unidas o se desprende una de la otra.

OBEDIENCIA JERÁRQUICA: Consiste en causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

IMPEDIMENTO LEGÍTIMO: Consiste en causar un daño, en contravención a lo dispuesto por una ley penal, de manera que se deje de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. Constituye propiamente una omisión. Se trata de no ejecutar algo que una ley ordena, pues otra norma superior a aquella lo impide.

4. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

La **imputabilidad** es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito, por tanto, el sujeto tiene que ser imputable para poder ser culpable.

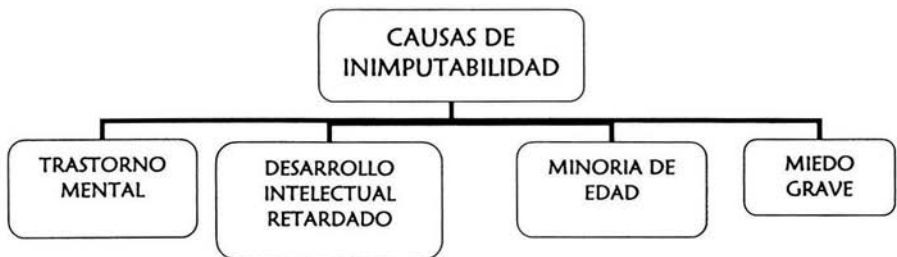
Cabe mencionar que existen las **acciones liberae in causa**, son aquellas libres en su causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado inimputable y comete un ilícito, por tanto la ley lo considera responsable del delito, ejemplo el que bebe inmoderadamente y después lesiona o mata; en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman así por que son acciones libre en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto.

El aspecto negativo de la imputabilidad, consistente en la incapacidad de querer y entender, es decir el agente no se encuentra en las condiciones para poder cometer un ilícito.

Puede decirse que hay dos aspectos necesarios para que exista la inimputabilidad:

- a)** Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable;
- b)** Un límite Psíquico, o sea, la capacidad de entender, que equivale a la comprensión de lo que se está haciendo y a la capacidad de querer, la voluntad.

De igual manera que las causas de justificación, toca el turno ahora de explicar de manera breve cada una de las causas de inimputabilidad:



TRASTORNO MENTAL: Se entiende como tal cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Sólo se excluye el caso en el que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

EL DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO: Es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

MIEDO GRAVE: Es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave. Es algo de naturaleza interna, a diferencia del temor, que tiene su origen en algo externo, por tanto temor fundado es causa de inculpabilidad.

MINORÍA DE EDAD: Se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por lo tanto, de capacidad para entender y querer.

De lo anterior se colige que el menor no comete delitos, sino infracciones a la ley. La legislación penal del Distrito Federal señala la edad de 18 años, según se desprende del Art. 1º de la Ley del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal (LCTMIDF), la cual establece que los menores de 18 años serán enviados al Consejo Tutelar para menores. Independientemente de esto, cada entidad federativa a virtud de que son libres en cuanto a su régimen interior, señalan la edad que consideran adecuada conforme a la libertad y soberanía con que legislan las localidades.

5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

El concepto de la culpabilidad, dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual el de un psicólogo, el de un normativista o el de un

finalista. Así, el primero diría, la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y el tercero, afirmarí, que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativa el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad porque son contenido del tipo, en consecuencia, la culpabilidad es responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativistas que mantienen el dolo y la culpa en la culpabilidad

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Castellanos Tena define culpabilidad como *el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto*.¹⁰

Para Vela Treviño es *el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta*.¹¹

De acuerdo con el código penal vigente, lo grados de culpabilidad son dos: dolo y culpa. En el anterior código, es decir en el de 1980, se aludía a un tercero: la preterintención.

Reflexionando sobre el primero grado de culpabilidad, es decir sobre el dolo, se dice que éste consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama *delito intencional o doloso*.

Villalobos dice que dolo es *aqué en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico*.¹²

Por lo que atañe al segundo grado de culpabilidad, es decir la culpa, se sostiene que se da ésta cuando violando un deber de cuidado se realiza una conducta o hechos cuyas consecuencias eran previsibles y no se previeron; cuando habiéndose previsto se confía en que no sucederían; o por impericia.

¹⁰ CASTELLANOS TENA, Ignacio. "Lineamientos elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa; México, 1997, p.234.

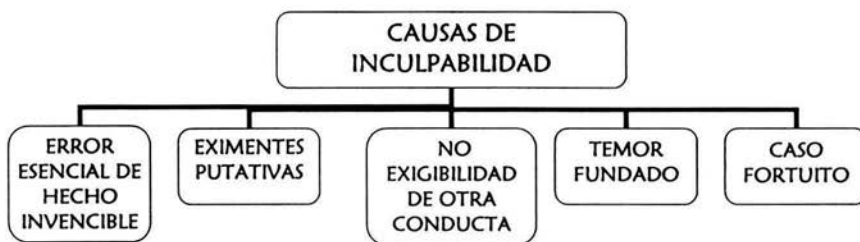
¹¹ VELA TREVIÑO, Sergio. "Teoría del Delito". Editorial Trillas; México, 1985, p. 337.

¹² VILLALOBOS. Ob. Cit., p.292.

Ya se dijo, que uno de los elementos positivos del delito es la culpabilidad. A continuación toca desarrollar su aspecto contrario, su aspecto negativo, esto es, la **inculpabilidad** que es la falta de reprochabilidad ante el derecho penal por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

La diferencia entre inimputabilidad e inculpabilidad es: que el inimputable es psicológicamente incapaz; en cambio, el inculpable es completamente capaz, pero ha obrado en su favor alguna causa que excluye la culpabilidad, tal como el error esencial de hecho o la coacción sobre la voluntad.

Las causas que se consideran de inculpabilidad son las que a continuación se esquematizan:



A efecto de que el aspecto negativo de la culpabilidad quede bien explicado y entendido, a continuación se explican las ideas directrices de cada una de las causa de inculpabilidad.

ERROR ESENCIAL DE HECHO INVENCIBLE: El error es la falsa concepción de la realidad, no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado, tergiversado o incorrecto.

Error Esencial: Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se de el dolo. Se le ha dividido en dos: en esencial **vencible y en esencial invencible**. El primero se da cuando subsiste la culpa a pesar del error; el segundo, o cuando no hay culpabilidad, en consecuencia constituye una causa de inculpabilidad.

EXIMENTES PUTATIVAS: Son los casos en que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho) que esta amparado por una circunstancia justificativa, porque se trata de un comportamiento ilícito. Son las siguientes:

- **Legítima defensa Putativa:** El sujeto cree obrar en legítima defensa por un error esencial invencible de hecho. Ej. En una calle solitaria, alguien se acerca de manera sospechosa a otra persona y esta, creyendo que va a ser agredida, le da un golpe severo: después se sabe que el individuo sospechoso solo quería saber la hora.
- **Legítima defensa Putativa reciproca:** Dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho, ante la creencia de una agresión injusta y obrar cada una en legítima defensa por error.
- **Legítima defensa real contra la legítima defensa putativa.** Puede ocurrir también una conducta típica resultante de obrar una persona en legítima defensa real contra otra que actúa en legítima defensa putativa. Habrá dos resultados típicos y dos excluyentes de responsabilidad: al primero lo beneficiara una causa de justificación y al otro una causa de inculpabilidad.
- **Estado de necesidad putativo:** La comisión de un delito puede existir cuando el agente por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad. Para algunos autores, cuando los bienes jurídicos (el sacrificado y el salvado) son de igual jerarquía, consideran que se trata del estado de necesidad como causa de inculpabilidad.
- **Cumplimiento de un deber putativo.** El sujeto puede creer que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un error esencial de hecho invencible.
- **Ejercicio de un derecho putativo.** Esta figura será factible si se produce un delito por error de la misma naturaleza de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.
- **Obediencia jerárquica.** Será causa de inculpabilidad cuando el inferior sepa que la conducta es ilícita, pero por temor obedece a la disciplina, pues se coacciona la voluntad

NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA: Cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc., de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

TEMOR FUNDADO: Consiste en causar daño por creerse el sujeto fundamentalmente que se halla amenazado de un mal grave y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad, pues se coacciona la voluntad.

CASO FORTUITO: Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

6. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma.

La pena es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad, por eso podría decirse que la punibilidad no es un elemento esencial del delito, sino una consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable.

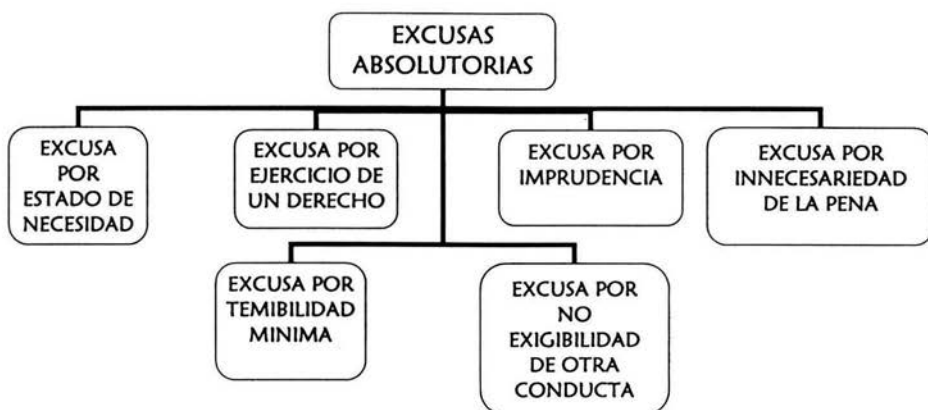
Suele confundirse la pena como sinónimo de sanción, la cual es un castigo para quien quebranta una disposición no penal, la sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa, por ejemplo, multa, clausura, etc.

El elemento negativo de la punibilidad son las **excusas absolutorias** que son aquellas que constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

Jiménez de Asúa dice que *son las causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.*¹³

¹³ JIMENEZ DE ASÚA. Ob. Cit., p.345.

Las excusas absolutorias son:



Explicando de manera muy breve cada una de las susodichas causas absolutorias decimos que:

EXCUSA POR ESTADO DE NECESIDAD: El sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad: robo de famélico y aborto terapéutico.

EXCUSA POR TEMIBILIDAD MÍNIMA: En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento, o en algunas legislaciones penales mexicanas cuando se da el robo de mínima cuantía.

EXCUSA POR EJERCICIO DE UN DERECHO: El caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación.

EXCUSA POR IMPRUDENCIA: Un ejemplo de este tipo es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.

EXCUSA POR NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA: Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas.

EXCUSA POR INNECESARIEDAD DE LA PENA: Es aquella en la cual el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hacen notoriamente e irracional la aplicación de la pena.

7. CONDICIÓN OBJETIVA Y AUSENCIA DE CONDICIÓN OBJETIVA

La **condición objetiva** no es propiamente una parte integrante del delito, pero si es un elemento necesario, la constituyen todos los requisitos que la ley señala para que pueda perseguirse un delito.

Jiménez de Asúa la define como *presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras del delito.*¹⁴

En sí son elementos del tipo; algunas veces tienen que ver con la intención del sujeto y otras a aspectos de la perseguibilidad.

Este elemento se refiere a la condición objetiva de procedibilidad, a la calidad indispensable que exige la maquinaria judicial para su movilidad. En el caso de la querrela, es una condición ineludible para proceder en determinados delitos, lo cual significa, que es necesaria la manifestación de la voluntad del que resulte agraviado para que el Estado pueda proceder a perseguir el delito en que la propia ley exige querellarse; la ley exige que solo la persona que resulte afectada directamente pueda presentarse ante el órgano investigador mediante querrela, que deba presentar el propio agraviado, o en su defecto, el legítimo representante. Para proceder en contra de determinados funcionarios de rango, como los diputados, es necesario como condición objetiva, que sea declarada la procedencia penal en contra de un diputado, declaración que necesita ver la Legislatura correspondiente consistente en el procedimiento de desafuero; por consiguiente, la falta de querrela o de desafuero, constituirían la ausencia de condiciones objetivas de procedibilidad.

La **ausencia de la condición objetiva** es la carencia de las mismas que hace que el delito no se castigue.

1.9 PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Los autores que se refieren a lo presupuestos, los consideran como las circunstancias jurídicas o de hecho, anteriores o previas a la realización del delito.

¹⁴ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. "La Ley y el Delito". Editorial Sudamericana; Buenos Aires, 1980, p.425.

Celestino Porte Petit dice que *los presupuestos son los antecedentes previos, jurídicos o materiales necesarios para la existencia de la conducta o hecho constitutivos del delito.*¹⁵

Los presupuestos pueden ser generales y especiales. **Son generales** cuando necesariamente deben concurrir para la configuración de cualquier delito, pues con su ausencia no podría ser integrado el ilícito; mencionan como tales a la norma penal comprendiendo tanto al el precepto como a la sanción, al sujeto activo, al pasivo y al bien jurídico. Estiman como **presupuestos especiales** a los condicionales de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar la no aparición del delito, como la falta de preñez para la comisión del aborto; o bien el cambio del tipo delictivo, por ejemplo la ausencia de relación de parentesco en el delito tipificado en el artículo 132 (denominado homicidio en razón de parentesco o relación) que ubica el hecho en el tipo de homicidio.

¹⁵ PORTE PETIT, Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal". Editorial Porrúa; México, 1997, p. 234.

CAPITULO II **"ANALISIS DE OTROS ASPECTOS DOCTRINALES Y LEGALES DEL DELITO"**

2.1 LA VIDA DEL DELITO.

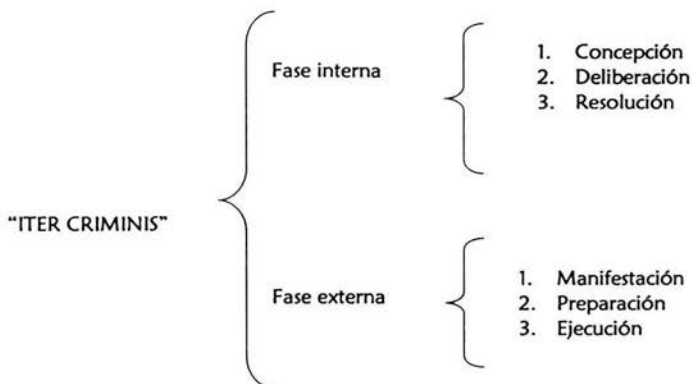
Para llegar a la consumación del delito, es necesario seguir un "camino", realizar todo un proceso que va, desde la idea o propósito de cometerlo –que surge en la mente del sujeto–, hasta la consumación misma del delito. Ese camino, ese conjunto de actos para llegar al delito, se denomina "iter criminis", o sea: "camino del crimen" o "camino del delito".

Dentro del "iter criminis" (o sea, en el camino que va desde la idea, hasta la consumación del delito), es posible distinguir dos etapas:

FASE INTERNA: Son actos internos voluntarios, perteneciendo a esta fase la concepción o idea criminosa, deliberación, resolución.

FASE EXTERNA: Que esta compuesta por la manifestación, actos preparatorios y por actos de ejecución (tentativa o consumación).

Para una mejor comprensión de lo hasta ahora expuesto, a continuación se esquematiza sinópticamente la vida del delito.



La importancia de esta distinción, reside en que algunos de estos actos son punibles, en tanto que otros no lo son.

Una vez esquematizada la vida del delito se pasa a explicar de manera pormenorizada cada una de las fases que lo componen:

FASE INTERNA: Constituye el punto de partida del "iter criminis" y comprende la idea misma de cometer el delito, la deliberación interna acerca de aquella idea, la decisión, la elección de la forma de llevarlo a cabo; en fin, todo lo relacionado con el delito que permanece en el fuero interno del individuo.

Los actos internos no son punibles porque sin acción, no hay delito; y para que haya acción, no bastan los actos internos (elemento psíquico de la acción), sino que se requiere también la exteriorización (elemento físico de la acción).

1. Concepción o idea criminosa:

La Concepción o ideación es el momento en que surge en el espíritu y mente del sujeto la idea o propósito de delinquir. En este momento aparece en la mente humana la tentación de delinquir, que puede ser acogida por el sujeto. Si el sujeto le da cabida permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

2. Deliberación

La Deliberación es el momento de estudio y apreciación de los motivos para realizar el delito.

Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra, si la idea resulta ser rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que esto no sea así.

3. Resolución

La Resolución o determinación, es el momento de decisión para realizar el delito sobre la base de uno de los motivos de la fase anterior. Se resuelve en el fuero interno el ejecutar la infracción penal. El sujeto decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito, pero su voluntad aunque firme no ha salido al exterior, solo existe como propósito en la mente.

FASE EXTERNA: Tal comprende desde el instante en que se manifiesta el delito y termina con la consumación del mismo.

1. Manifestación

En este primer momento, la idea criminosa afora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado.

2. Preparación

Sobre la preparación, Sebastián Soler opina lo siguiente: "Antes de ejecutar es posible, o a veces, necesario, realizar otras acciones no ejecutorias, sino preparatorias. Así, el que piensa robar, prepara antes los instrumentos con los cuales ha de forzar la puerta; el que piensa falsificar un documento, ensaya antes la imitación de la letra o estudia la calidad de los reactivos a emplear. He aquí actos preparatorios. Ninguno de ellos importa comenzar la ejecución del delito; tienen con la consumación de éste solamente una relación remota, subjetiva y equívoca".¹⁶

A raíz de que estos actos guardan, con la consumación del delito, una relación muy remota, y sólo de carácter subjetivo –ya que sólo el autor conoce que sus preparativos son para consumir el delito–, la ley, por lo general, no los considera punibles.

A veces, por excepción, la ley castiga actos preparatorios. Así sucede, por ejemplo, cuando se castiga la mera tenencia de elementos o instrumentos destinados a cometer falsificaciones o en el caso de que reprime el sólo hecho de formar parte de una asociación ilícita, o sea, destinada a cometer delitos.

En estos casos, la razón por la cual se castiga el acto preparatorio, es que, entre él y el delito, hay una relación evidente, o sea, una relación inequívoca. Así, por ejemplo, en el caso de un individuo que tenía máquinas destinadas a la falsificación, resulta inequívoco que pensaba ejecutar la falsificación.

3. Ejecución

A decir de Soler la ejecución es el momento pleno de ejecución del delito. Tal inicia la acción principal en que el delito consiste. Así, por

¹⁶ SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". T. II, Editorial La Ley; Buenos Aires. 1970 p. 208.

ejemplo, si en el homicidio, la acción principal consiste en "matar", el acto de ejecución consistirá en "comenzar a matar".

En el momento llamado ejecución se pueden dar dos diversos aspectos:

- **La Tentativa.-** Son los actos encaminados a la realización de un delito y este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.
- **Consumación.-** Es la última etapa del "iter criminis". El autor en consulta dice que un delito está consumado, cuando se han reunido todos los elementos o condiciones exigidas por la figura delictiva de que se trate. Algunos autores, a virtud de la consumación hablan del "delito perfecto" o "delito agotado".

2.2 DELITO INSTANTÁNEO, PERMANENTE Y CONTINUADO.

Por principio de cuentas tenemos que resaltar lo que el código punitivo local alude respecto a este tipo de delitos. Así de las cosas, tenemos que en su artículo 20 nos señala lo siguiente:

"Art. 20.- Por el momento de su consumación y prolongación en el tiempo, el delito puede ser:

I. Instantáneo, cuando integrado el tipo no puede prolongarse la conducta;

II. Permanente o continuo, cuando integrado el tipo la conducta se prolonga en el tiempo; y

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

Por su parte, el Nuevo Código Penal del Distrito Federal, en su Libro Primero, Título Segundo, específicamente en su Capítulo Primero, Artículo 17 nos dice que los delitos atendiendo al momento en que se consuman se pueden clasificar en instantáneos, permanentes o continuos y continuados. En ese tenor tenemos que:

“Art. 17. El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;

II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y

III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal”.

La doctrina, atendiendo al momento en que el delito se consuma, de manera muy resumida clasifica a los delitos de la siguiente manera:

- **Instantáneo**, mismo que se da cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.
- **Permanente o continuo**, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.
- **Continuado**, cuando hay repeticiones de conducta, hechos con el mismo designio delictuoso e identidad de disposición legal incluso de diversa gravedad

Es preciso resaltar que respecto a los dos primeros tipos de delitos no hay mucha literatura que abunde al respecto. Por el contrario, respecto al delito continuado no puede decirse lo mismo ya que sobre ello si hay mas información. Así de las cosas, tenemos que:

Francisco Muñoz Conde explica que el delito continuado “*Consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o norma de igual o semejante naturaleza*”.¹⁷

El delito continuado se caracteriza por que cada una de las acciones que lo constituyen representan ya de por sí un delito consumado o

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal Parte General”. Editorial Tirant lo Blanch; Barcelona, .2002, p.638.

intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito. Por ejemplo: el cajero de la empresa que durante un largo periodo de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad, no comete cientos de hurtos, aunque cada acto aislado por él realizado sea un hurto, sino un solo delito continuado de hurto.

Para comprender a la índole jurídica del delito continuado, señala Javier Villa Stein, que se han construido tres teorías:

a) La teoría de la Ficción.- Propone que el delito continuado es una ficción jurídica creada por razones prácticas a fin de resolver los sinnúmeros problemas que acarrearía aceptar que se trate de una pluralidad de hechos que da lugar a un curso real de delitos. Se origina en Italia a instancias de las prácticas Italianas de los siglos XVI y XVII.

b) La teoría realista.- Plantea que el delito continuado por tener unidad subjetiva y unidad objetiva constituiría una unidad real de acción, y el que los hechos se lleven a efectos en distintos momentos ello sólo comprende al modo de ejecución.

c) Teoría del realismo jurídico.- Admite este modelo que el delito continuado es una construcción jurídica, no prevista en la ley, pero derivada del consuetudo. Admite la construcción jurídica, no como ficción, sino como instrumento práctico.

El mismo autor, señala que en los delitos continuados deben darse o reunirse los siguientes requisitos:

a. Los actos individuales deben dirigirse contra el mismo bien jurídico. La doctrina dominante se inclina a este punto por diferenciar dos grupos de delitos: aquellos que atacan la propiedad y el patrimonio en el que será suficiente el ataque al mismo bien jurídico con prescindencia del titular del bien o sujeto pasivo. Ejemplo: el carterista que hurta a diversos parroquianos, realiza un hurto continuado.

Tratándose en cambio de bienes jurídicos "altamente personales" (vida, integridad corporal, libertad o indemnidad sexual), si se requiere identidad del sujeto pasivo.

b. Que los diversos actos particulares lesionen el mismo precepto penal o semejante. Esto ocurre en los delitos

continuados contra el patrimonio o contra la integridad personal, que pueden ser las formas agravadas o simples.

c. Identidad específica del comportamiento delictivo así como nexos tópicos de los actos individuales.

Si el delito continuado presupone varias violaciones de la misma ley penal realizadas con la misma resolución criminal, se ve claramente que es consubstancial a su naturaleza de estar constituido por una pluralidad de acciones, pero no de actos, pues varios actos, aunque cada uno aisladamente considerado puede ser constitutivo de delito, no constituyen más que una acción y, por lo tanto, solo producen un único delito, por ejemplo el caso en que se infieran diversos golpes con una arma blanca, sucesivamente a la misma persona y con una única intención de herir, o si se toman de un árbol varios frutos. Es que la acción u omisión no es otra cosa que a actuación completa de la voluntad criminosa en relación con el delito que el agente quiere cometer, que en el acto no es más que un momento de esa acción, la parcial actuación de la voluntad criminosa.

Raúl Peña Cabrera, señala: *"la pluralidad de acciones significa que en la concurrencia de acciones se da, entre acción y otra, una separación, espacio temporal; pero lo fundamental es que cada una de las acciones constituya una previsión típica, hipotéticamente al autor se le puede atribuir cada una acciones aisladamente. El Delito prolongado se diferencia del delito permanente precisamente porque éste prolonga la lesión jurídica más allá de la consumación. Se distingue también del concurso Ideal, porque éste exige unidad de acción y no del delito.*¹⁸

La pluralidad de acciones u omisiones han de violar una misma ley penal, o sea que aisladamente consideradas de ser constitutivas del mismo delito.

2.3 DOLO, CULPA Y PRETERINTENCIONALIDAD

Ya en el capítulo primero, específicamente en el subtema de la culpabilidad e inculpabilidad (tema 1.7) de manera muy somera ya se trató sobre estos grados de culpabilidad.

¹⁸ PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal Estudio programático de la parte general". 2ª Edición. Editorial Jurídica Grijley; Lima-Perú. 1995, p. 672.

El novísimo Código Penal del Estado en el primer párrafo del artículo 21 de manera textual dice: **"Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden llevarse a cabo dolosa o culposamente"**

Por el contrario el Código Penal de 1980 (mismo que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del año dos mil tres), en su artículo 14 decía: **"Nadie puede ser sancionado por una conducta o hecho legalmente descritos, si no se han realizado con dolo, culpa o preterintención."**

Respecto al **dolo**, el nuevo código penal en el segundo párrafo del citado artículo 21 expresa: **"Obra con dolo, el que conociendo las circunstancias que integran la descripción legal, quiere o acepta la realización de la conducta o hecho legalmente descritos"**. En los mismos términos se conducía el abrogado código de 1980 en su artículo 15.

El autor **Bustos Ramírez** señala que dolo es *"El conocer y querer la realización típica o bien, la decisión del autor para la ejecución de una acción que realiza un determinado delito"*.¹⁹

Abundando sobre este grado de culpabilidad, se dice que sus elementos son dos: el **ético**, que es el saber que se infringe una norma y el **volitivo**, que se equipara a la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

De manera resumida se sostiene que dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

La doctrina penal nacional y extranjera, clasifica al dolo de la siguiente manera:

a) Directo: El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico; por ejemplo, el agente desea violar y lo hace.

b) Indirecto: El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes; por Ej. Alguien quiere lesionar a un comensal determinado para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, sabiendo que podrán resultar lesionados otros sujetos.

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *"Manual de Derecho Penal. Parte General"*. Editorial Ariel; Barcelona, 1986, p.176.

c) Genérico: Es la intención de causar un daño o afectación, o sea, la voluntad consciente encaminada a producir el delito.

d) Específico: es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba. Jiménez de Asúa critica esta denominación y considera mas apropiada la de dolo con intención ulterior.

e) Indeterminado: Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado; por Ej. Colocar una bomba para protestar por alguna situación de índole política; el sujeto sabe que causara uno o más daños, pero no tiene intención de infligir alguno en particular.

f) Eventual: Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

Desarrollando sobre el segundo grado de culpabilidad, se expresa lo siguiente: Ocorre la **culpa** ose da ésta cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia, negligencia, falta de previsión o lo que es lo mismo falta de cuidado o precaución, debiendo ser previsible y evitable.

En otro orden de ideas, la doctrina a la culpa la denomina de distintas maneras: *delito culposo, delito imprudencial o no intencional*, y la clasifica en:

a) Culpa consciente: Llamada también con previsión o con representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

b) Culpa inconsciente: Conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Al respecto se dice que puede ser de tres tipos: **lata, leve y levísima**. En la primera hay mayor posibilidad de prever el daño. En la segunda, existe menor posibilidad que en la anterior, y en la tercera, es decir, en la culpa levísima la posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

En otro orden de ideas, muchos estudiosos del derecho penal se cuestionan por qué si en los delitos culposos (imprudenciales) el agente no tiene intención de causar un daño o afectación a un bien jurídico, existe una pena. La respuesta la da otro sector de la doctrina argumentando que es a virtud de que el sujeto deja de tener la cautela o precauciones exigidas para evitar una consecuencia dañosa a otros. Por ello se sanciona al responsable del delito, aunque no haya intención delictuosa, pero es reprochable su falta de previsión y cuidado; por otra parte, se protege a la sociedad, que quedaría en estado de abandono jurídico, si no se castigaran los delitos imprudenciales.

Algunos ejemplos de delitos en los se puede configurar la culpa son: el homicidio, lesiones, daños y aborto.

El tercer párrafo del artículo 21 del moderno código penal veracruzano de manera textual señala: **"Hay culpa cuando violando un deber de cuidado se realiza una conducta o hecho cuyas consecuencias eran previsibles y no se previeron; cuando habiéndose previsto se confía en que no sucederán; o por impericia"**.

Por otro lado, se dice que existe **preterintencionalidad** cuando se causa un resultado mayor al requerido o aceptado, si aquél se produce en forma culposa.

Se habla de delito preterintencional cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de un hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable; ese plus, es lo que caracteriza a la preterintención.

La doctrina reconoce como elementos del delito preterintencional, a los siguientes:

- 1.- Es sumamente necesario que el agente tenga intención delictiva, es decir que tenga la intención de cometer el delito, obviamente, un delito de menor gravedad que aquel que posteriormente se produjo,

a diferencia de lo que ocurre en el delito culposo en donde el agente no tiene intención delictiva presente.

2.- Es menester que el resultado típicamente contrario a la ley, es decir, antijurídico exceda a la intención delictiva del sujeto activo.

Para desentrañar la naturaleza del delito preterintencional se han elaborado las teorías que a continuación se enumeran:

a) Dolo preterintencional: La doctrina italiana coloca la preterintentionem en el mismo rango que el dolo, como lo pensó Francesco Carrara al estudiar el dolo en el homicidio. Existe por tanto, para la mayoría de los penalistas italianos, un dolo preterintencional que Florián estima dolo indirecto y Alimena dolo indeterminado, pero que difícilmente se admite por Impallomeni, quien habla únicamente del delito preterintencional, el cual es el criterio que según Jiménez de Asúa estima el correcto.

b) Mixtura del dolo y la culpa: Fue una opinión sostenida por Marcelo Finzi en Italia, que ve un concurso de Dolo y Culpa en la preterintención. Toma en cuenta que muchos homicidios culposos tienen una causa dolosa, pero no son todos, de manera que su teoría no encaja en los demás casos.

c) Delitos calificados por el resultado: La Legislación Penal Alemana, conoce otro sistema de agravación de la pena que la creación de un tipo de mayor gravedad, en la concurrencia de algunas circunstancias como la de la preterintención. Entonces este tipo de delito agravado, se califica por el resultado. Por ejemplo: Si el agente solo tuvo intención de herir o de hacer abortar, etc., y resulta la muerte, el efecto se estima como una lesión o un aborto agravado por este resultado. Estos delitos, así calificados por el resultado son tipos excepcionales fundamentados en un criterio injusto y constituyen múltiples casos en la técnica penal alemana y también en la venezolana.

Para concluir con la preterintención sólo resta decir que el código penal que entró en vigor ahora en enero de este dos mil cuatro, lo suprimió como una forma de llevar a cabo las acciones u omisiones delictivas. El código penal de 1980, por el contrario si lo regulaba en su artículo 17, artículo que de manera literal decía: "**Existe preterintencionalidad cuando se causa un resultado mayor al querido o aceptado, si aquel se produce en forma culposa**".

2.4 ERROR.

El actual código penal en su artículo 22 dice: **“A quien cometa un delito por error en perjuicio de persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción, no le serán aplicables las circunstancias que deriven de la calidad del ofendido, salvo para efectos de la reparación del daño, siendo en cambio valuadas, para los efectos de la sanción, las particularidades subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito”**.

El código penal de 1980 decía más o menos lo mismo en su artículo 19. Al efecto se transcribe de manera textual: **“Cuando alguien por error cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción, no serán puestas a su cargo las circunstancias que se deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio valuadas, para los efectos de la sanción, las particularidades subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito, así como las cualidades inherentes a la persona contra la que iba dirigida la acción”**.

De igual forma el anterior código penal hablaba del error en el artículo 18, mismo que a la letra dice: **“Cuando la conducta o hecho se realicen con ignorancia de que se encuentran regulados por la ley penal o por falsa apreciación de ésta, en virtud de error esencial e invencible, se podrá imponer al agente hasta la tercera parte de la sanción correspondiente por el delito cometido o sujetarlo a una medida de seguridad tendiente a su incorporación social, según la naturaleza del caso”**. El nuevo código sustantivo penal ya no contiene este contenido.

El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

Los estudiosos del derecho penal, en términos generales lo clasifican de la siguiente manera:

- **Error de Derecho:** El error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de una ley no justifica ni autoriza su violación.
- **Error de Hecho:** El error recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero, es decir, el de tipo

es un error respecto a los elementos del tipo; en el de prohibición, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.

- **Error Esencial:** Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se de el dolo. Se le ha dividido en dos: en esencial vencible y en esencial invencible. El primero se da cuando subsiste la culpa a pesar del error; el segundo cuando no hay culpabilidad, en consecuencia constituye una causa de inculpabilidad.
- **Error accidental:** Se da cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho. Al respecto se habla de la aberratio ictus, de la aberratio in persona y de la aberratio in delicti. Se alude al primero cuando el error es en el golpe (de todas formas se contraría la norma, como en el caso por ejemplo cuando se quiere matar a una persona determinada, pero se le priva de la vida a otra, a causa de imprecisión en el disparo o falta de puntería); se está en presencia de la segunda aberratio cuando el error se da sobre el pasivo del delito (se mata al alguien como en el caso anterior pero con la salvedad de que hay una confusión de una persona por otra); y, la aberratio in delicti es a virtud de que hay un error en el delito, por ejemplo cuando se comete un ilícito que no era el que se deseaba.

Debe resaltarse que resulta más común y también más exacto, hablar de error de tipo y error de prohibición, en vez de error de hecho y error de derecho. Ante ello se explica de manera concreta a cada uno de ellos.

- **El error de tipo:** Consiste en que el agente obra bajo un error sobre alguno de los elementos del tipo penal.
- **El error de prohibición:** Se refiere a que el agente cree, erróneamente, que su actuación esta amparada por una causa justificativa.

2.5 CAUSAS EXCLUYENTES DE INCRIMINACIÓN.

A decir de los penalistas las causas excluyentes de incriminación, o mejor dicho que excluyen el delito, son: ausencia de conducta, la atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad. El actual código penal del estado se conduce más o menos en los mismos términos, es decir, reconoce como excluyentes de

incriminación a las mismas que la doctrina, excepción hecha de las causas de inimputabilidad a las que menciona pero como una de las causas de inculpabilidad. Para una mejor ilustración se anota de manera textual el artículo 23 del punitivo código local.

"Artículo 23.- Son excluyentes del delito:

I.- La ausencia de conducta;

II.- La atipicidad;

III.- Las causas de justificación; y

IV.- Las causas de inculpabilidad"

Una vez explicado lo anterior, decimos que la legislación penal del estado en su artículo 24 doctrina señala que existe **ausencia de conducta** cuando la actividad o inactividad del agente activo son involuntarias. Por su parte el párrafo segundo del referido artículo define a la **atipicidad** como la inexistencia de alguno de los elementos de la descripción legal.

Teóricamente hablando, las causas de justificación son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Por el contrario, las causas de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva.

A su vez, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad; en tanto que las primeras se refieren a la conducta completamente capaz del sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente en diversa forma y grado. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla.

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

El artículo 25 de manera expresa nos dice cuáles son las causas de justificación y el artículo 26 las de inculpabilidad.

El legislador veracruzano fue tajante al plasmar en el artículo 27 lo siguiente: **"Las causas de exclusión del delito se harán valer de oficio en cualquier etapa del procedimiento"** Obvio, como ya se vio, que se

refiere a la ausencia de conducta, a la atipicidad, a las causas de justificación y a las de inculpabilidad.

2.6 LA TENTATIVA.

La tentativa se da cuando llevándose a cabo los actos encaminados a la realización del delito, este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Jiménez de Asúa define la tentativa como "la ejecución incompleta de un delito".²⁰

El Código Penal vigente en el Estado, dice al respecto en su artículo 28: "Existe tentativa cuando, con el propósito de cometer un delito, se inicia su ejecución mediante actos u omisiones idóneos y no se consuma por causas independientes a la voluntad del agente".

Con ligeras variantes, los autores consideran como elementos de la tentativa a los siguientes:

- **Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer el delito;**
- **Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y**
- **Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.**

Por otro lado, los mismos especialistas del derecho penal manejan diversas clases de tentativas, por ejemplo: la acabada y la inacabada; entendiéndose por **acabada**, o lo que es lo mismo **delito frustrado**, la que consiste en que el sujeto activo realiza todos los actos encaminados a producir el resultado, sin que este surja por causas ajenas a su voluntad. Por el contrario, la **tentativa Inacabada, o conocida también como delito intentado**, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual este no ocurre. Se dice que hay una ejecución incompleta.

²⁰ JIMENEZ DE ASÚA. Ob. Cit., p.595.

DELITOS EN QUE HAY TENTATIVA:

- Delitos dolosos integrados por un proceso ejecutivo;
- Delitos materiales;
- Delitos complejos, y
- Delitos de comisión por omisión.

DELITOS EN QUE NO ES POSIBLE HABLAR DE TENTATIVA:

- Dado que la tentativa requiere representación de la conducta o del hecho y voluntariedad en la ejecución de los actos, los delitos culposos no admiten esta forma incompleta o imperfecta.
- Igual sucede, teóricamente en cuanto a los delitos preterintencionales, en los que el dolo está ausente respecto al resultado.
- Tampoco es factible la tentativa en los llamados delitos de ejecución simple, pues la exteriorización de la idea consuma el delito, fenómeno que sucede en los atentados al pudor, injurias y uso de documento falso.
- La tentativa no se da tampoco en los delitos de omisión simple por surgir en el momento que se omite la conducta esperada al darse la condición exigida por la ley para actuar. Por tanto, no hay un antes en que pueda empezarse a omitir la acción esperada.

2.7 EL CONCURSO DE DELITOS.

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales, a tal situación se le da el nombre de concurso de delitos, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas.

El concurso de delitos puede ser ideal o material. A decir de Enrique Bacigalupo, el primero, es decir **el concurso de delitos ideal**: "*Se presenta cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o*

varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos".²¹

Por su parte el artículo 31 del moderno código penal del Estado nos dice que "Existe concurso ideal cuando el agente, con una sola conducta, viola varias disposiciones penales autónomas".

El especialista BREMONT ARIAS explica que para que exista concurso ideal de delitos, se requiere de tres elementos importantísimos:

- **La unidad de acción o de hecho.-** De acuerdo a las aclaraciones formuladas sobre los conceptos de hecho, y acto, es decir, con referencia al resultado, porque a veces la acción es única y el resultado es plural.
- **La pluralidad delitos.-** Constituye la violación de varias disposiciones penales.
- **Unidad de intención.-** Para que el hecho se considere uno mismo, debe ser único, subjetiva y objetivamente. Si los hechos son varios, aunque el fin sea uno solo (por ejemplo, cuando se viola un domicilio para efectuar un rapto), se perfila un concurso real. Si la finalidad es plural y el hecho único (por ejemplo, cuando se realiza el proyecto de matar a dos sujetos con el mismo disparo), el concurso también es real".

Sin embargo, RAÚL PEÑA CABRERA, en completo desacuerdo con el anterior estudioso, sólo distingue dos elementos: la unidad de acción y la pluralidad de delitos.

El concurso ideal a decir de los conocedores de la materia puede ser heterogéneo y homogéneo. Existe un concurso ideal heterogéneo cuando con una acción se realizan varios delitos, es decir, cuando a la misma acción se aplica distintas leyes penales, ejemplo: la violación sexual de mujer virgen provocándole lesiones; el coche bomba en zona urbana que hace incurrir terrorismo, homicidio y daños; etc. A la inversa, se esta en presencia del concurso ideal homogéneo cuando el mismo tipo legal resulta aplicable varias veces a la misma acción, por ejemplo: el caso de la granada de guerra que mata a varios en el campo abierto.

²¹ BACIGALUPO, Enrique. "*Principios de Derecho Penal. Parte General*". Ediciones Akal; Madrid, España, 1986, p.249.

REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO IDEAL:

- **Principio de acumulación**, por el cual sólo la pena de cada delito se determina separadamente y luego se suman.
- **Principio de la absorción**, por el cual sólo se impone la pena correspondiente al delito más grave.
- **Principio de la separación**, por el que se impone la pena más grave en su grado máximo.
- **Principio de la pena unitaria**, por el que se impone una pena unitaria sin consideración al número de las diversas infracciones delictivas.

Por su parte, **el concurso real** de delitos se da cuando concurren varias acciones o hechos autónomos, es decir, que cada uno constituye un delito particular e independiente, aunque puedan merecer un solo procedimiento penal. No plantea ningún problema teórico importante. Cada acción por separado constituye un delito.

Respecto al concurso real el artículo 30 de nuestro código punitivo de manera expresa señala: "Existe concurso real o material cuando un mismo sujeto comete dos o más delitos, siempre que entre ellos hubiere secuela y separación en el tiempo, si no ha caído sentencia irrevocable respecto de alguno de ellos y la acción no está prescrita".

Aquí cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de la acumulación, analizando este principio a través de un sentido aritmético acarrea a penas extremistas no afines con la valoración global y con la sensibilidad jurídica.

El hispano EUGENIO CUELLO CALÓN explica que el verdadero concurso real existe cuando concurren las siguientes condiciones:

- **Que un individuo sea autor de distintos hechos.**
- **Que estos en su aparición material sean diversos entre sí, sin guardar conexión alguna.**
- **Que también aparezcan como diversos e independientes en la conciencia del agente.**

Ejemplo: Un vulgar ratero convicto y confeso de haber cometido en diversos momentos robos de escasa cuantía, podría ser condenado a una pena total de muchos años de privación de libertad, superior incluso al de un homicida o violador; sin embargo, en los delitos graves hay máximos que no deben transgredirse.

Es por ello importante que se arbitren determinados criterios, en los que, combinando los posibles principios antes citados, sea posible aplicar penas que sean proporcionales a las diversas acciones delictivas para poderse dar un cumplimiento efectivo.

También, al igual que en el concurso ideal, la doctrina señala la existencia de dos tipos de concurso real: el homogéneo y heterogéneo. Es homogéneo cuando el autor comete en varias oportunidades el mismo delito. Ejemplo: Una persona que ha librado cheques sin fondo en varias oportunidades. En el heterogéneo, el autor ha realizado diversos tipos penales en distintas oportunidades. Ejemplo: El autor un día roba, otro día estafa y en una tercera oportunidad lesiona.

2.8 LA REINCIDENCIA.

Etimológicamente, reincidencia es un vocablo que en términos llanos quiere decir recaída; pero, en lenguaje jurídico-penal se aplica el vocablo para significar que un sujeto ya sentenciado, ha vuelto a delinquir.

De manera simplista la reincidencia se clasifica en genérica y específica. La primera existe cuando un sujeto ya condenado, vuelve a delinquir mediante una infracción de naturaleza diversa a la anterior. Es específica si el nuevo delito es de especie semejante al cometido y por el cual ya se ha dictado una condena.

2.9 LA HABITUALIDAD.

La habitualidad es una especie agravada de reincidencia. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, cuando las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.

Para la criminología, la delincuencia es habitual cuando el sujeto hace de su conducta una forma habitual de actividad, **por ejemplo**, el carterista que vive de robar carteras.

La posición del ordenamiento jurídico penal veracruzano con relación a la reincidencia es el siguiente: **"Artículo 35.- Se considerará delincuente habitual quien haya sido condenado, cuando menos, por tres delitos dolosos del mismo género"**

2.10 LA PARTICIPACIÓN, AUTORIA, COAUTORÍA, CÓMPLICE, ENCUBRIMIENTO, PANDILLERISMO Y ASOCIACIÓN DELICTUOSA.

La participación es tan antigua como el delito; las legislaciones más añejas la aceptaron y regularon.

Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades, pueden infringir una sola norma.

Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Diversas doctrinas pretenden desentrañar la esencia de la participación:

- **Teoría de la causalidad.-** Dice que la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penal tipificado.
- **Teoría de la accesoriedad.-** Considera autor del delito sólo a quien realiza los actos u omisiones descritos en el tipo penal; la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tienen como accesorios; las conductas dependientes siguen su suerte principal.
- **Teoría de la autonomía.-** El delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes en la producción del delito realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delito, cada uno de ellos con vida propia. Esta

corriente es clasificada como pluralista, por admitir varios delitos, en oposición a las dos anteriores, llamadas monitas o unitarias, por estimar que autor y partícipes producen un delito único.

Maggiore clasifica las formas de participación de acuerdo al grado, calidad y tiempo y eficacia:

- **Según el grado.-** La participación puede ser principal y accesoria; mientras que la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.
- **Según la calidad.-** La participación puede ser moral y física, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación; es física si ese aporte es de carácter material.

Para el autor Soler, hay *instigación* "cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo". La *determinación o provocación* se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillarlos a la ejecución del delito.

El *mandato* existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La *coacción* se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El *consejo* es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador. La *asociación* es el acuerdo o pacto celebrado entre dos o más personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.

- **En razón del tiempo.-** La participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva a cabo cada partícipe; concomitante, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito; y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo.
- **Según su eficacia.-** La participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión el concurso de personas.

REQUISITOS DE LA PARTICIPACIÓN

- Pluralidad de agentes;
- Realización de la acción prevista en la norma;
- Nexo causal entre la acción de cada concurrente y el resultado, y
- Voluntad de cooperar a la comisión del delito.

En lo que concierne a la participación nuestro código es claro. Así tenemos que el artículo 38 de manera expresa señala: **"Son partícipes del delito quienes:**

1.- Presten ayuda, cooperación o auxilio en la ejecución del delito, por conducta anterior o simultánea;

2.- Por acuerdo previo auxiliien a los autores, después de que éstos hayan ejecutado el delito; o

3.- Sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada uno produjo"

Con relación a los autores del delito (**autoría**) se debe distinguir entre **autor material, autor intelectual y autor por cooperación**. El material es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley; el intelectual el que induce, instiga o determina a otro a cometer el delito y el autor cooperador es el que presta un auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictivo propuesto.

Es importante, respecto a la autoría la siguiente opinión: "Es quien realiza cada uno de los actos con los que se construye la totalidad corporal u objetiva o fenoménicamente apreciable, comitiva u omisiva, de la cual se desprendió el resultado reprochable".²²

No debe soslayarse el hecho de que otro sector de la doctrina habla de otra distinción de los autores del delito como lo es la de **autor mediato y autor inmediato**. Se denomina al primero al que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser imputable. El segundo es el que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva. Son autores en el orden material y por ello inmediatos, realizan la ejecución de la acción típica.

²² FERREIRA, DELGADO, Francisco. "Teoría General del Delito". Editorial Temis; Bogotá, Colombia; 1988, p.150.

¿Qué nos dice la legislación penal estatal respecto a la autoría? Para hallar la respuesta basta checar el artículo 37, que a la letra dice: **"El autor de un delito puede ser material o intelectual. El primero es quien físicamente lo ejecuta; el segundo, quien lo planea, induce o compele a otro a cometerlo"**

En lo que atañe a la **coautoría** qué ilustrativa es la opinión que a continuación se cita:

"Coautor es el que tiene juntamente con otro u otros el codominio del hecho".²³

Para Cerezo Mir, coautores serán todos los que, mediando entre ellos un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realicen algún elemento del tipo. Todo aquél que realice algún elemento del tipo será coautor, aunque no tenga el dominio del hecho".²⁴

Un coautor es, siempre, un autor primario, aunque difiere de lo solitario de esta categoría, justamente porque reparte la ejecución entre varios, es decir, interviene una pluralidad de sujetos que colaboran mutuamente y cuya ejecución se divide entre ellos teniendo la misma finalidad, es por ellos que tanto autor como coautor deben reunir las mismas características.

CONDICIONES EXIGIBLES PARA LA COAUTORÍA.

- Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor.
- Que haya un plan común para la realización del hecho.
- Que el coautor haya prestado una colaboración objetiva al mismo.
- Que haya tenido el codominio del hecho.

CARACTERÍSTICAS DE LA COAUTORÍA

- Existe dominio común en cuanto al hecho.
- Concordancia en el ánimo y cooperación en las actividades.

²³ BACIGALUPO. Ob. Cit., p.100.

²⁴ CEREZO, MIR, José. "Estudios sobre la Reforma Penal Española". Editorial Tecnos; Madrid, España, 1993, p.87.

- Plena conciencia en lo referente a toda la ejecución.
- Antijuridicidad y finalidad común a todos
- Acuerdo común entre los participantes y por lo tanto no se da en los delitos culposos.

"Cómplice es el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito".²⁵

La complicidad es la colaboración dolosa en un hecho determinado doloso, por actos anteriores o simultáneos a la realización".²⁶

Los cómplices son partícipes indiferentes a toda cualidad específica que, en cambio, sí es exigida por el tipo a los autores en ciertas figuras delictivas; aunado a esto es importante mencionar que el cómplice presta auxilio o cooperación al autor del hecho típico en el momento en que se ejecute, o aun después de su ejecución y hasta la consumación, siempre y cuando que haya existido promesa de tal ayuda; con anterioridad a ser realizado.

El encubrimiento es el auxilio posterior que se da al delincuente. Propiamente no hay participación en el delito, si no ayuda posterior a el, para evitar la acción de la justicia o proteger al sujeto activo. Se pueden presentar las tres siguientes situaciones:

1. Encubrimiento de otro delito. Consiste en la ayuda posterior a la ejecución del delito que se da al delincuente, previa promesa de hacerlo. Aquí se contempla una responsabilidad de quien ayuda en el delito cometido.

2. Encubrimiento como delito autónomo.

3. Comisión de un delito distinto al convenido. En ocasiones el acuerdo es acerca de la comisión de un delito; pero si alguno de los partícipes comete otro, no convenido, todos serán responsables de este segundo, a menos que:

a) Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

²⁵ FERREIRA DELGADO, Francisco. Op. Cit. p.159.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ. Ob. Cit., p.293.

b) Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

c) Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito;

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

Se entiende por **pandilla o pandillerismo** la reunión de tres o más personas que, sin estar organizadas con fines delictivos, cometen en común algún delito, si éste no es consecuencia de un acuerdo previo a la reunión. Sólo podrá darse esta figura en la comisión de los delitos: contra la vida, la integridad corporal, en los sexuales, ataques a las vías de comunicación, delitos contra la autoridad, ultrajes a la moral pública, allanamiento de morada, asalto, privación ilegal de la libertad, raptos, daño a las cosas, y despojo.

Es necesario anotar la posición del código penal respecto a la modalidad del pandillerismo. Así se tiene que: **"Artículo 40.- La pandilla existe cuando tres o más personas se reúnen habitual, ocasional o transitoriamente y, aun cuando no estén organizadas especialmente para cometer ilícitos, los ejecuten"**

En lo que concierne a la **asociación delictuosa** debe aclararse que su concepto cambia un poco de acuerdo con las legislaciones estatales, aunque es necesario precisar que este delito está considerado como un delito federal. En general, se entiende por **asociación delictuosa** una banda de tres o más personas que se reúnen con el propósito de delinquir, ya sea de manera permanente o esporádica. No todos los delitos están incluidos para considerar una banda como asociación delictuosa. Para poder catalogarla de este modo, es necesario que los delitos cometidos o que se planean cometer sean graves, como terrorismo, secuestro, tráfico de menores, sustracción o retención de menores o incapaces, corrupción de menores e incapaces, pornografía infantil, lenocinio, robo, (sobre todo cuando implica violencia), extorsión y homicidio.

El artículo 40 de nuestro código penal señala que: "Existe **asociación delictuosa** cuando tres o más personas se reúnen para cometer, en forma reiterada, delitos de los tipificados en este código".

No hay que confundir las asociaciones delictuosas con las pandillas. La pandilla es un grupo de tres o más personas que se reúnen

ocasionalmente sin tener la intención de realizar actos delictivos. En cambio la asociación delictuosa se reúne con el fin prioritario y reiterado de delinquir.

Algunas veces es difícil distinguir entre una asociación delictuosa y una pandilla, pero es un hecho que cuando los delitos son cometidos, por un grupo de personas, las penas serán más severas.

Con el fin de reaccionar en contra de la ola delictiva que surgió en los últimos años, el Congreso de la Unión decidió elaborar y aprobar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Esta ley contempla mecanismos, procedimientos y procesos para luchar contra las bandas de criminales. Las asociaciones delictuosas pueden llegar a considerarse como delincuencia organizada, pues este último delito también contempla a grupos delictivos de tres o más personas. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada va mucho más allá de contemplar penas y de tipificar delitos; se trata, más bien, de un esfuerzo conjunto e integral para luchar contra el crimen.

2.11 LA COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS.

Las circunstancias del delito son accidentes de modo, tiempo, lugar y ocasión existentes en torno al delito, que sin constituir un elemento del mismo, operan en unos casos atenuando o agravando la penalidad, y en otros originando modalidades típicas modificadas o cualificadas.

Las circunstancias del delito se dividen en generales y especiales. Las primeras, esto es, las generales, obran respecto de todos los delitos, atenuando o agravando la pena. Las segundas aún cuando desarrollan idéntica función atenuadora o agravadora de la penalidad, originan modalidades típicas modificadas, por ejemplo, el homicidio en riña o duelo, o calificadas, verbigracia el homicidio calificado.

Las circunstancias del delito pueden ser reales y personales, es decir, ocurrir en el hecho o en la persona del sujeto activo. Ambas originan consecuencias en orden al denominado de la comunicabilidad de las circunstancias, que el Nuevo Código Penal regula en el artículo 41 que dice: *Las circunstancias personales o subjetivas que aumenten o disminuyan la sanción no se aplicarán a quienes intervengan en la realización del delito, excepto que tengan conocimiento de ellas. Las objetivas se tendrán en cuenta para los que intervienen en la comisión del ilícito, si tiene conocimiento de ellas*

CAPITULO III

“LA REINCIDENCIA: ESTUDIOS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DOCTRINARIOS, SU UBICACIÓN LEGAL Y SOBRE CUESTIONES OMITIDAS”.

3.1 REINCIDENCIA. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.

Desde tiempos muy remotos se ha estimado que la comisión repetida de un delito, tratándose del mismo delito o delitos semejantes, debía tener una sanción más fuerte para el autor.

En el Derecho Romano se contempló, para ciertos delitos, la noción de reincidencia, conocida entonces como la *consuetudo delinquendi*.

Tiempo después, ya en el Derecho Canónico, se consideró que la reincidencia debería ser causa para agravarle la sanción al delincuente.

Con el pasar de los siglos los prácticos acogieron estas ideas y formularon principios que señalaban a la reincidencia como una circunstancia de agravación que aumentaría la sanción en delitos posteriores (tratándose siempre de delitos semejantes).

Fue el Código Penal Francés de 1810 (base jurídica para posteriores excertas legales de semejantes naturaleza) el que dispuso por primera vez que la reincidencia debía ser tomada como una circunstancia agravante general, aplicable a todos los delitos.

3.2 SENTIDO ETIMOLÓGICO, GRAMATICAL, DOCTRINARIO Y LEGAL DE REINCIDENCIA.

La palabra reincidir proviene del latín *reincidere* y *recidere*, que vienen a significar **caer de nuevo o recaer en falta o delito**. Pero, en Derecho Penal el término reincidir se aplica únicamente al que vuelve a delinquir después de haber sido condenado anteriormente por otro delito.

El Diccionario Básico Larousse define a la reincidencia como: "La reiteración de una misma culpa o delito. Situación de una persona que, condenada anteriormente por un delito, comete otro."²⁷

El Diccionario Hispánico Universal dice al respecto "Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste, en haber sido el reo condenado antes por delito análogo al que se le imputa".²⁸

Rafael de Pina Vara dice que la reincidencia es la "Comisión de un delito igual o de la misma especie después del cumplimiento total o parcial o de la remisión de la pena impuesta por otro anteriormente cometido, supuesto que desde el cumplimiento o remisión de la pena anterior hasta la comisión del nuevo delito no haya transcurrido cierto tiempo que haga parecer como rota la relación jurídico-penal entre ambos actos".²⁹

I. Griselda Amuchategui dice que: "La reincidencia se presenta cuando un sujeto delinque por segunda vez, siempre que haya sido sentenciado por el primer delito".³⁰

Arturo Ramos y Beatriz Ávalos señalan que "La reincidencia se presenta cuando una persona que ya delinquiró alguna vez vuelve a cometer un delito".³¹

El Código penal de nuestro estado dice al respecto en su artículo 33: **"Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la República Mexicana o del extranjero, cometa otro delito en la entidad"**.

3.3 REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA.

De conformidad con el artículo 33 del Código penal estatal, hay reincidencia "siempre que el condenado por sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la República Mexicana o del extranjero, cometa otro delito en la entidad".

²⁷ DICCIONARIO BÁSICO LAROUSSE. Editorial Ultra; México, 2003, p.494

²⁸ DICCIONARIO HISPÁNICO UNIVERSAL. Tomo 1. Editorial W.M: Jackson. Inc. Editors; México, 1964, p.1217

²⁹ DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho" Editorial Porrúa, México, 1998, p. 438

³⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, "Derecho Penal". Editorial Harla, 1993, p.101

³¹ "Conozca sus Derechos". Editorial Reader's Digest; México, 2004, p. 497

De la redacción del susodicho precepto se desprenden, como requisitos de la reincidencia los siguientes:

- a) La existencia de una sentencia ejecutoria condenatoria;
- b) Que dicha sentencia haya sido cumplida por el reo;
- c) Que la referida sentencia ejecutoria sea dictada por cualquier tribunal de la república o del extranjero;
- d) Que la sentencia dictada en el extranjero provenga de un delito tipificado también como delito en nuestro código penal.

La razón de la exigencia de una sentencia ejecutoria anterior, que el reo hubiere cumplido, se ha considerado requisito sine qua non para la reincidencia, porque tal hecho prueba plenamente que la condena cumplida ha sido insuficiente para cumplir las finalidades últimas de la pena, todo ello conforme al criterio clásico.

De los elementos o requisitos señalados, ha sido cuestionada la validez, que en los Códigos Penales se ha otorgado a la sentencia dictada en el extranjero, principalmente por los juristas del siglo XIX, quienes veían en aquel principio una violación a la territorialidad de la ley. En la actualidad dicha objeción ha sido superada y por excepción se admite la aplicación extraterritorial de la ley penal, amén de que en los tiempos modernos es necesario el empleo de toda clase de mecanismo e instrumentos legales para lograr la realización de la justicia penal, que de otra manera quedaría frustrada en multitud de situaciones, favorecidas todas ellas por la facilidad de las comunicaciones terrestres, acuáticas y aéreas. El Congreso Penitenciario celebrado en Washington en 1910, hizo aceptar la validez de las sentencias extranjeras, en los casos de delitos reconocidos en las legislaciones en conflicto cuando de la aplicación de la agravante se trate; al desaparecer las fronteras, si el delito es tal en diversos territorios soberanos, la justicia no tiene por que respetar limitaciones territoriales.

3.4 NATURALEZA DE LA REINCIENCIA.

Para agotar este tema es necesario exponer las ideas generales, que no citar textualmente, de una serie de doctrinarios en su mayoría extranjeros, todo ello en la búsqueda minuciosa de la razón fundamentadora, o dicho en otras palabras la naturaleza de la reincidencia.

Francesco CARARA la consideró una causa de modificación de la pena a virtud del desprecio del delincuente a la pena impuesta precedentemente y como consecuencia de la alarma social provocada por la reiterada conducta del reo.

ALIMENA, conforme al criterio de agravación de la pena, ve el fundamento de ella en la peligrosidad del delincuente demostrada en su reiteración al delito, la cual es índice de su perversidad y capacidad de realización de conductas antisociales.

Por su parte MANZINI, coincidiendo en la idea de identificar a la reincidencia como una causa de agravación de la pena, rechaza que la reincidencia se sancione de manera enérgica para evitar que el delincuente vaya a continuar su carrera delictiva, sino porque con su reiteración en él demuestra claramente su desprecio a la ley.

Un criterio muy diverso sustenta AMPALLOMENI, autor que ve en la reincidencia una causa agravadora de la imputación que da base para calificar el grado de la conducta natural y de la conducta política para la imposición de la pena, agregando que el delincuente, por su calidad para cometer conductas antisociales aumenta la alarma social y la alarma política provocada por el hecho delictuoso.

Como de manera general ya se ha expresado en otras partes de esta tesis, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la reincidencia entendida como una reiteración del delito, reveladora en el sujeto de una inclinación y mayor capacidad para delinquir, constituye desde el punto de vista del derecho positivo una forma de agravación de la penalidad, a virtud de la calificación del delincuente.

3.5 TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE.

En la Ciencia del Derecho penal se han formulado diversas teorías respecto del fundamento de esta circunstancia agravante:

- La insuficiencia de la pena impuesta por el anterior delito, desde el punto de vista de la prevención especial y la prevención general, teoría rechazable, porque la pena no puede superar nunca en nombre de la prevención la medida de la culpabilidad.

- La agravante de la reincidencia se fundamenta en una mayor gravedad de la culpabilidad. Esta es la opinión, en la moderna Ciencia del Derecho Penal Español, que considera que es mayor la exigibilidad de otra conducta frente al que ha sido anteriormente condenado.

- Según otros penalistas, la agravante de reincidencia se basa en la mayor peligrosidad del delincuente; consideran que el fundamento de la agravante de reincidencia no puede ser otro que una (presunta) mayor peligrosidad del delincuente y, en consecuencia, piden su supresión, pues no puede admitirse que la peligrosidad del delincuente fundamente una agravación de la pena. La pena tiene su fundamento en la gravedad del delito, mientras que la peligrosidad únicamente puede fundamentar la imposición de una medida de seguridad.

- Para Mir Puig el fundamento de la reincidencia se encuentra en «la insuficiente toma de consideración y, en este sentido, mayor desprecio, cualificado como *rebeldía* frente a los bienes jurídicos» y puede suponer únicamente una mayor gravedad de lo injusto, pues el delincuente al delinquir por segunda vez está infringiendo dos normas: la implícita en el delito que comete y la que prohíbe especialmente la repetición delictiva tras la condena.

Este aumento de injusto es insuficiente, sin embargo, para justificar la existencia de la agravante, pues por un lado estaría demasiado alejado de la idea de lesión o peligro de bienes jurídicos y por otro, en el reincidente se aprecia, o cabe presumir, en general, una disminución de la capacidad de inhibición y, por tanto, una menor gravedad de la culpabilidad. Propone, en definitiva, la supresión de la agravante de reincidencia y su sustitución por medidas de seguridad vinculadas a la idea de la habitualidad criminal.

3.6 EFECTOS.

En los corrillos doctrinales, no todos los autores están conformes en el efecto de la agravación penal de la reincidencia. Las teorías formuladas en orden a los efectos que ha de producir la cualidad de reincidente pueden reducirse a estos grupos:

A) Efectos agravantes

Este es el criterio mas extendido. El autor italiano Rossi, defendiendo las normas del Código Penal napoleónico, afirma que el legislador ve en el

reincidente un caso de culpabilidad especial, a la vez moral y política, puesto que el delincuente, al repetir las infracciones, se revela como un tenaz transgresor del orden jurídico. Y no se diga ---añade el citado autor---que de ese modo se sale del campo del derecho para ir al de la moral, porque no apreciamos en el reincidente su cualidad de individuo inmoral y depravado, sino como remanifiesta positivamente por la comisión del nuevo delito. También Francisco Carrara defendió el criterio agravante; pero no de la imputabilidad ni de la cantidad del delito, sino de la pena. Su tesis se apoya en estos argumentos: no puede imputarse una segunda vez el delito anterior, del que el reo saldó ya su partida. Funda la agravación de los reincidentes en la insuficiencia relativa de la pena, insuficiencia demostrada por el reo con sus propios actos; esto es, con la rotunda prueba de su desprecio por la primera pena.

B) Improcedencia del agravante

Muchos estudiosos del derecho, mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia por no encontrar en el concurso de esta circunstancia aumento de daño material, moral o político del delito. Estiman quienes así razonan, que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento de la máxima *non bis in idem*, o que apreciar la recaída con efectos jurídicos sería mezclar la moral y el derecho, que tiene áreas propias, puesto que es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad criminal, pero no debe caer sobre la inmoralidad del individuo. Así lo creyeron CARMIGNANI, CARNOT, AKAUZET, KOSTLIN, MERKEL, GESTERLING, MITTERMAIER, PAGANO, GIULIANI.

C) Efectos atenuantes

Los autores BUCELLATI y KLEINSCHROD sostienen que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse, por tanto menor imputabilidad en el agravante, y concluyen pidiendo que la pena lejos de agravarse con la recaída del nuevo delito, debe aminorarse.

D) Criterio moderno

El especialista CARLOS ROEDOR subraya el pésimo efecto de las penas cortas de privación de libertad, que al poner en contacto al delincuente primario con los profesionales del crimen, pervierten al primodlincente y le hacen reincidente. Es por eso que este autor, pensó

que, más que castigar, es preciso robustecer la voluntad de los delincuentes para que no recayesen.

Las nuevas concepciones legales mantienen el concepto viejo de la reincidencia, instalando junto a él, el de la *habitualidad*. Esta distinción se funda en el punto de vista, circulante entre los códigos de hoy, de tipo marcadamente sincrético: unas veces, el reo delinque una vez y recae de nuevo. Entonces no hay lugar a suponer que la pena fracasó en él, que quedó ya sin personalidad de derecho penal. Pero otras veces las más, la reincidencia es múltiple, y los varios hechos con que el delincuente vulneró la norma no son más que la expresión de un estado personal: la habitualidad. Constituido ya el delincuente de hábito, demuestra que la pena no tiene ningún poder sobre él, que ni le intimida ni le corrige. Imponérsela agravada, pero la misma, es absurdo. Cuando al cumplirla salga, volverá a ser un peligro para la sociedad. El habitual es, pues, un incapaz para la pena, que se encuentra en estado peligroso, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial.

3.7 CLASES DE REINCIDENCIA.

Algunos doctrinarios hablan de reincidencia **verdadera**, refiriéndose a aquélla producto de la reiteración en la comisión de un delito por el cual había sido condenado anteriormente el delincuente y dicha condena había sido cumplida; **la reincidencia ficticia o impropia** será entonces aquélla en que incurre el que fue condenado antes en virtud de sentencia ejecutoriada y delinque nuevamente sin haber cumplido aquella condena. Esta clasificación tiene importancia para los que mantienen el criterio clásico, porque evidentemente la explicación de insuficiencia de la pena anteriormente impuesta para frenar al delincuente, como principal fundamento de la agravación por el delito que sigue, conviene en especial a la reincidencia verdadera.

En la reincidencia propia, el sujeto no sólo había sido condenado sino que había cumplido la pena antes de la comisión del nuevo delito. En la reincidencia impropia el sujeto había sido condenado pero no había cumplido la pena. En nuestro Código Punitivo la reincidencia es una reincidencia impropia, ya que se exige que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente, lo que hace referencia a la firmeza de la sentencia, pero no al cumplimiento.

En el primitivo derecho romano se exigía que para que existiere la reincidencia el nuevo delito debería ser del mismo género de actos

punibles: *in eius dem sceleribus*, posteriormente se extendió el concepto a toda clase de delitos. Atendiendo a esto, se pueden presentar dos clases de reincidencia.

- a) **Reincidencia genérica**, cuando el nuevo delito cometido es de diversa especie que el delito antes sancionado, por ejemplo, que el primer delito cometido fuere patrimonial y el segundo sexual.
- b) **Reincidencia específica**, consiste en la repetición de un delito de la misma especie del otro que ya fue objeto de juzgamiento, por ejemplo cuando ambos son delitos contra la salud.

Se piensa por muchos autores que tanto la reincidencia genérica como la específica deben ser tenidas en cuenta; pero autores como CHAUVEAU y PACHECO opinan que solo debe considerarse la específica, pues ésta demuestra un impulso profundamente arraigado en nuestra conciencia. CARRARA, CANÓNICO y BRUSA sostienen que ambas reincidencias equivalen, y que la única diferencia entre ambas debe reducirse a la diversidad de su tratamiento. SCHEURLLEN postula que debe castigarse más la reincidencia específica, mientras que TREBUTIEN reserva mayor pena a la genérica.

Hay discrepancia sobre cuál de las reincidencias es de mayor gravedad, para algunos autores la reincidencia específica es de más gravedad, por cuanto a ella revela una tendencia marcada del delincuente a recaer en una misma clase de delitos; sin embargo, para otros (entre estos CARRARA) la reincidencia genérica demuestra una mayor aptitud para delinquir.

En varios códigos hispanoamericanos se han reconocido las dos especies de reincidencia: la genérica, atribuyendo a ésta efecto de mayor agravación, y caracterizándola por la expresión de delitos cometidos en el mismo título de código o delitos de la misma especie, naturaleza o índole.

CRITERIOS PARA DECIDIR IGUAL ÍNDOLE EN LOS DELITOS

La doctrina que circunscribe la reincidencia propiamente dicha a la del tipo específico a las teorías y legislaciones que distinguen en genérica y específica para dar a ésta mas gravedad, se desvelan por determinar normas para definir esa especialidad, ingenua y torpemente formulada en el código español, diciendo que existe cuando el delito anterior y nuevamente perpetuado se halla en el mismo título del código. Seguir este criterio es absurdo, pues a menudo hay delitos de tipo íntimamente parejo

que no están en el mismo título del código, y muchas otras veces infracciones contenidas en el mismo título tienen móviles tan distintos, que realmente no podría hablarse de la permanencia del mismo impulso criminal, de la cual es digno la reincidencia específica.

Por tanto, dos soluciones se presentan para fijar el criterio de la homogeneidad de los delitos:

- a) **Identidad absoluta**, que implica igualdad en los delitos; y
- b) **Identidad relativa**, que indica igualdad en el impulso criminoso en el móvil, que en el derecho penal moderno tienen enorme importancia, y que generalmente se exteriorizará por la comisión de un delito de la misma especie; pero que a veces podrá referirse a figuras delictivas totalmente distintas.

Para decidir esta identidad relativa y la consiguiente apreciación de la reincidencia, la mayor parte de los tratadistas proponen que se conceda a los jueces el más amplio arbitrio; pero SACKER y MANZINI no quieren ir tan lejos. En vez de dejar sólo en manos del magistrado este asunto tan arduo, desean que el legislador señale, no una clasificación del delito, sino de móviles o instintos. SACKER ofrece a estos cuatro grupos: 1.- Instinto de conservación y cuanto con él se relacione; 2.- Impulso de avaricia, de lucro o de goce; 3.- Sentimientos de pasión, venganza, odio, libidinosidad; y 4.- Sentimientos contrarios a la convivencia social, moral, política y religiosa.

3.8 PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA.

Tres sistemas pueden distinguirse en orden a la prescripción de la reincidencia:

- a) El de la temporalidad, favorable a la tesis enunciada;
- b) El de la perpetuidad, que condena a la prescripción; y
- c) El mixto.

Existen autores que opinan que después de transcurrido cierto tiempo no debe tenerse en cuenta la circunstancia de la reincidencia, pidiendo, pues, que pueda prescribir, puesto que prescriben los delitos. BLANCHE, CHAUVEAU, ORTOLAN, PESSINA, SACKER, BÉRANGER, MANZINI y tantos otros, se fundan para sostener esa opinión, en que el transcurso

de cierto tiempo demuestra que ya no existe, o por lo menos no perdura, la tendencia al delito, puesto que durante mucho tiempo no se manifestó. Por el contrario, GAROFALO, NICÉFORO y muchos partidarios de la escuela positivista creen que la reincidencia no puede sujetarse a ningún término, y que la tendencia del delito, si reaparece después de muchos años, demuestra su profundo arraigo.

FRANCISCO CARRARA y EMILIO BRUSA sostiene un criterio ecléctico, aunque inclinado al punto de vista que luego sostendrían los positivistas. Creen que no es difícil encontrar una vía conciliadora entre el sistema de la perpetuidad y el de la temporalidad. La solución ideada por el maestro toscano consiste en mantener el criterio de la perpetuidad en la apreciación de la reincidencia; pero disminuyendo el efecto agravante de un modo proporcionado al tiempo transcurrido entre la liquidación de la pena anterior y la comisión del nuevo delito.

Algunos códigos iberoamericanos han admitido la prescripción de la reincidencia, Así , por ejemplo, en Bolivia, no se reconoce que se reincide sino cuando el reo delinquirió antes de pasados dos años desde que cumplió la condena impuesta por el primer delito (Art.89); en Paraguay se fijan, a partir del plazo de la extinción de la pena, quince años, diez, cinco, o tres, según la gravedad de la infracción anterior (Art. 49); en Argentina se establecen los mismos plazos de prescripción de la pena y otro tanto más, que nunca excederá de diez años (Art. 53); en Panamá, Venezuela, Colombia y Costa Rica se señala el plazo de diez años (Arts. 75, 100, 43 y 32, respectivamente), en Perú y Uruguay, cinco años (Arts. 111y 48 respectivamente), y en México se hace referencia, como en el código argentino, a un término igual al de la prescripción de la pena, pero sin añadir más (Art. 20).

3.9 LA REINCIDENCIA Y EL CONCURSO REAL.

El hombre puede cometer varios delitos. Unas veces el mismo propósito los liga, si bien porque el mismo acto constituye varias figuras de delito (concurso ideal) o bien porque uno de ellos sea medio para cometer el otro o se hallen relacionados entre sí como antecedente a consiguiente (delitos conexos). Pero en otros casos el individuo delinque varias veces sucesivas, recae en la comisión de delitos: entonces se dice que hay, o concurso real y reiteración, o reincidencia.

Anteriormente ya habíamos dicho que la palabra reincidir etimológicamente significa caer de nuevo o recaer el falta o delito, pero en el Derecho Penal el

término se aplica únicamente al que vuelve al delinquir después de haber sido condenado anteriormente por otro delito.

De esta manera se excluye la idea de asociar la reincidencia con el concurso de delitos real, ya que como sabemos, este término se reserva para señalar el caso de un individuo que es actualmente responsable por varias conductas sancionadas penalmente, que serán materia de un solo juicio, en razón de que sobre ninguna de las conductas perpetuadas por el autor existe pronunciamiento judicial.

El concepto jurídico de reincidencia, por consiguiente, no coincide con el concepto vulgar que tiene esa palabra; no se refiere a una mera repetición de hechos delictuosos, sino a una repetición de hechos típicos después de haber sido sentenciado ya por una conducta delictiva anterior, es decir, en la reincidencia hay un pronunciamiento de sentencia condenatoria por un delito anterior y en el concurso de delito no. Nuestra legislación penal respecto al concurso de delitos real es clara al señalar: **Artículo 30 "... Sino ha recaído sentencia irrevocable respecto alguno de ellos..."**.

3.10 LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD.

El hábito criminal es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos, como consecuencia de la práctica de este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones, aunque puede existir en los delitos continuados y colectivos que están constituidos por pluralidad de hechos, sin necesidad de más de una infracción.

Anteriormente habíamos dicho que *la habitualidad existe cuando un sujeto reincide en cometer dos veces más un delito de la misma naturaleza, siempre que los tres delitos se cometan en un periodo que no exceda de diez años*, cabe mencionar que la doctrina así como diversas legislaciones, acostumbran definir la habitualidad como una reincidencia especial y agravada.

Luis Jiménez de Asúa nos dice que: "La habitualidad es más y menos que la reincidencia. Más porque no basta con la repetición de infracciones, es preciso que esta constituya una costumbre y se incorpore al modo de ser ocasional por la renovación de circunstancias externas que produjeron el estímulo. **Menos**, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia o sea la condena

ejecutoria, sino que aquella puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos".³²

Analizando los preceptos relativos a la reincidencia y habitualidad contenido en nuestro código penal vigente encontramos las siguientes diferencias.

- a) Para que exista reincidencia, debe haber una condena por sentencia ejecutoria, en la habitualidad no se exige este requisito.
- b) En la habitualidad se requiere cuando menos que se cometan tres delitos y en la reincidencia sólo establece que se cometa otro delito después de haber sido condenado por sentencia ejecutoria por delito anterior.
- c) Para que exista habitualidad los delitos deben ser dolosos del mismo género, circunstancia que no se exige en la reincidencia, ya que en esta última no se exige que los delitos cometidos sean dolosos y pueden ser o no ser del mismo género (reincidencia específica ó genérica respectivamente).

3.11 POSICIÓN DE LA DOCTRINA ACTUAL FRENTE AL MANTENIMIENTO DE LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE.

A continuación voy a mencionar algunas opiniones de autores que están a favor de la reincidencia, así como otros que están en contra de la misma.

RODRIGUEZ MOURULLO, citado por la inmensa mayoría de los autores que han tratado el tema de la reincidencia, fue, en España, de los primeros en manifestarse en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante. Considera este autor que *"de lege ferenda, parece aconsejable la supresión de la reincidencia y reiteración como circunstancias agravantes de la pena, y la previsión de un adecuado tratamiento preventivo -medida de corrección y seguridad- ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas"*.³³

³² JIMENEZ DE ASÚA, Luis.

³³ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en *"Comentarios al Código Penal"*. Editorial Ariel; Madrid, 1972, p.744.

QUINTERO OLIVARES se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia como circunstancia agravante, si bien reconoce que atendiendo a razones político-criminales, *"ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad"*.³⁴

MIR PUIG, por su parte, se ha mostrado desde siempre en contra del mantenimiento de la reincidencia. En su extensa monografía sobre la reincidencia dice que: *"Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multirreincidencia"*.

De manera tajante, el autor citado, unos años después considera que la reincidencia debe suprimirse en sus dos modalidades. Ni la mayor perversidad del delincuente ni su más elevada peligrosidad pueden justificar el recurso a la pena agravada a virtud de la reincidencia.

COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, después de señalar en su Manual que la reincidencia se debe enmarcar en otro Derecho Penal, esto es en un Derecho Penal preventivo y de medidas de seguridad, añaden que siguen *"propugnando la desaparición del mismo instituto de la reincidencia, en sus distintas manifestaciones, así como su consideración agravatoria de la pena, pues ésta ha evidenciado su total inoperatividad"*.³⁵

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN también se encuentran entre los autores que se muestran en contra de la reincidencia: *"Lo cierto es que resulta difícil encontrar razones en las que fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante. Su fundamento se encuentra más propiamente bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo ni la peligrosidad puede presumirse iuris et de jure como hace el Código en esta materia ni es un*

³⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *"Manual de Derecho Penal. Parte General"*. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1999, p. 733.

³⁵ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON *"Derecho Penal. Parte General"* Editorial Tirant lo Blanch; Valencia, 4ª Edición, 1996, p.815.

*concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad".*³⁶

GARCÍA ARÁN, por su parte ya se había manifestado a favor de la supresión de la reincidencia: *"no nos queda sino sumarnos al parecer de quienes por rechazar su carácter moralizante, abogan por su supresión".*³⁷

BUSTOS RAMÍREZ tampoco está a favor del mantenimiento de la reincidencia por considerarla carente de fundamento y *"claramente inconstitucional".*³⁸

GARZÓN REAL y MANJÓN CABEZA. En una argumentación que puede ser criticable sostienen que todas las agravantes agravan el hecho, mientras que la reincidencia es un atributo predicable del sujeto, además, fruto de una conducta anterior. Las agravantes suponen un mayor contenido del injusto, en la reincidencia no. Además las agravantes deben ser abarcadas por el dolo del autor, cosa que no ocurre con la reincidencia.

GONZÁLEZ-CUELLAR también forma parte de este sector doctrinal. Por un lado suprime la reincidencia...por otro...establece la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social para los delincuentes habituales.

CALDERÓN CEREZO y CHOCLAN MONTALVO consideran que hubiera sido deseable la desaparición de un precepto general sobre la reincidencia que acabe con las dudas de su constitucionalidad y evite el automatismo en su aplicación a modo de suplemento por desobediencia.

ASÚA BATARRITA se muestra más prudente a la hora de pronunciarse sobre la supresión de la reincidencia, decantándose tímidamente hacia esta solución: *"El mantenimiento de la agravación por reincidencia únicamente sería aceptable en el supuesto de que se concediese al juzgador la posibilidad de apreciarla o no en consideración de las circunstancias todas que concurran en el delito y en el sujeto".*³⁹

³⁶ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN *"Derecho Penal. Parte General"*. Editorial Tirant lo Blanch; Valencia, 1998, p.542.

³⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *"Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español"*. Ediciones de la Universidad de Barcelona; Barcelona, 1980, p. 164.

³⁸ V. BUSTOS RAMÍREZ. Ob. Cit., p.376.

³⁹ ASÚA BATARRITA, Adela *"La reincidencia"*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, p.457.

Hasta aquí los autores que se han manifestado en contra de la agravante de reincidencia. De entre los autores actuales los que se han mostrado a favor son CERZO MIR, SERRANO GÓMEZ, JAEN VALLEJO, MANZANARES y MARTÍNEZ DE ZAMORA.

Para CERZO MIR la existencia de la reincidencia está plenamente justificada.

SERRANO GÓMEZ sostiene que se ha de mantenerla reincidencia y ésta se debe basar en la mayor culpabilidad del sujeto

JAEN VALLEJO por su parte aunque no se pronuncia expresamente a favor o en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante lo incluyo dentro de los autores que están a favor puesto que él si considera que la reincidencia tenga un fundamento, si bien en contra de lo manifestado por los anteriores no lo basa en la culpabilidad.

MANZANARES SAMANIEGO también se expresó a favor del mantenimiento de la reincidencia como agravante.

MARTINEZ DE ZAMORA no se manifiesta expresamente a favor de la reincidencia, pero de su trabajo se deduce que sí está a favor, pues critica las teorías abolicionistas y encuentra fundamento para esta institución - como se pone de manifiesto en el apartado dedicado al fundamento de la reincidencia en la doctrina española actual.

3.12 LA REINCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL.

No es necesario, para agotar el presente tema, analizar todo el cúmulo de legislaciones penales que existen en nuestra república mexicana; realmente la investigación no tiene como finalidad única hacer una exégesis de tales cuerpos jurídicos sino el de estudiar algunas de ellas ---principalmente la del Distrito Federal--- para ver en que tenor regulan a la reincidencia. Además sería repetitivo, rutinario y monótono revisar código por código hasta completar los 33 que existen en el país (31 de todos los estados, uno del Distrito Federal y uno federal); sería una tarea no muy grata amen de que la gran mayoría, salvo pequeñas variantes siguen la orientación, en casi todo, al del Distrito Federal. A virtud de la anticipada explicación, se analizará la regulación de la reincidencia acorde a los tres cuerpos legales que a continuación se enlistan.

3.12.1 EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

En este ordenamiento jurídico la reincidencia se encuentra regulada en el Capítulo VI, del Título Primero (De la responsabilidad penal) del Libro Primero. El referido capítulo VI se compone de tres artículos y para una mejor comprensión de lo anotado, tal figura se encuentra así en el código que se analiza.

Libro Primero

Título Primero: De la responsabilidad penal

CAPÍTULO VI. Reincidencia

“Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este código o leyes especiales”.

“Artículo 21. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años”.

“Artículo 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable”.

“Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente”.

3.12.2 EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

En el año dos mil dos, específicamente el 3 de julio, el C. LIC. **ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR**, actual Jefe de Gobierno del Distrito Federal promulgó un nuevo código penal, cuerpo legal que vino a sustituir

al sancionado en su momento (año de 1931) por el Ing. Pascual Ortiz Rubio. Ese moderno código punitivo fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 16 de julio del mismo año 2002, y como ya se dijo abrogó a su homólogo de la década de los cuarenta.

En el Código Penal de 1931, la reincidencia se encontraba regulada de la manera siguiente:

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO PRIMERO. Responsabilidad penal.

CAPÍTULO VI. Reincidencia.

“Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este código o leyes especiales”.

“Artículo 21. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años”.

“Artículo 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable”.

“Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores cuando el agente haya obtenido el reconocimiento judicial de inocencia”.

Sólo resta decir que la reincidencia, para el código penal del 2002, es cosa del pasado, una institución que junto con la rueda y el hacha quedaron en el museo del recuerdo. Esta afirmación se hace a virtud de que el legislador distritense desterró por completo tal figura jurídica de su código de defensa, conservándola únicamente el código penal federal, tal como ya se anotó en el subtema inmediato anterior.

3.12.3 EN EL CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ.

Por principio de cuentas hay que hacer la aclaración que el actual código penal veracruzano fue publicado en el órgano informativo de gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave (Gaceta Oficial), en fecha 7 de noviembre del dos mil tres. Que en dicho código en su transitorio primero de manera clara señalaba que entraría en vigor el día primero del dos mil cuatro, previa publicación en la Gaceta Oficial del estado y que en su transitorio segundo de manera expresa decía que a partir de la entrada en vigor de este código quedaba abrogado el Código penal para el estado libre y soberano de Veracruz-Llave que inició su vigencia el 20 de octubre de 1980.

Aclarado lo anterior, y como puede observarse de lo ya asentado, tiene apenas unos cuantos meses de que en el estado empezó a regir un nuevo código penal. A pesar de ello y por la importancia que reviste, considero importante dejar constancia en este trabajo de cómo estaba ubicada y regulada la reincidencia en el cuerpo legal de 1980.

CÓDIGO PENAL DE 1980

LIBRO PRIMERO

TÍTULO II: EL DELITO

CAPÍTULO VII: REINCIDENCIA

“Artículo 25.- Hay reincidencia siempre que el sancionado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa otro delito que indique tendencia antisocial”

“Artículo 26.- La sanción sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga tal carácter en este código o leyes especiales”

“Artículo 27.- No se aplicarán los artículos anteriores de este capítulo, tratándose de un delito de carácter político”

CÓDIGO PENAL DEL 2004

TÍTULO II: EL DELITO

CAPÍTULO VII: REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

"Artículo 33.- Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la República Mexicana o del extranjero, cometa otro delito en la entidad".

"Artículo 34.- La condena impuesta en el extranjero o en otra entidad federativa se tendrá en cuenta si proviniere de algún delito que tenga tal carácter en el Estado".

"Artículo 35.- Se considerará delincuente habitual quien haya sido condenado, cuando menor, por tres delitos dolosos del mismo género".

"Artículo 36.- No se aplicarán los artículos anteriores de este capítulo cuando se trate de delitos que atenten contra la seguridad del estado o cuando el sujeto activo haya sido indultado".

Haciendo un análisis comparativo de los dos cuerpos legales, podemos constatar que el contenido de los artículos 33 y 34 del código penal del 2004, son esencia lo mismo que se regulaba en los artículos 25 y 26 del código penal de 1980 salvo que se les dio una mejor redacción, sustituyéndose algunas palabras por otras.

La novedad en el nuevo código es que ya regula a la habitualidad. La diferencia entre la reincidencia y aquella es que en la primera se va a dar cuando una persona que se le dicto una sentencia condenatoria que ya causó estado, vuelve a cometer otro delito en el estado; en cambio la habitualidad para que se de, debe haberse sufrido tres sentencias condenatorias por delitos dolosos del mismo género.

3.13 EL ARTÍCULO 33 DEL CPV Y LAS CUESTIONES OMITIDAS.

Ya dije en su momento que el código penal federal en su artículo 20 nos dice que **"Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.**

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este código o leyes especiales".

También vimos que el actual código penal del Distrito Federal ya no la reglamenta, pero, que el de 1931 regulaba a la reincidencia en los mismos términos que lo hace el federal. En efecto, cuando se desarrolló el tema inmediato anterior vimos que el código defenó en su artículo 20, se conducía en los mismos términos que el código punitivo federal.

Por su parte y como ya lo vimos, el artículo 33 del código penal local regula a la reincidencia en los términos siguientes: **"Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la República Mexicana o del extranjero, cometa otro delito en la entidad"**

Por principio de cuentas vemos que el citado artículo 33 no contiene la disposición del código penal federal que en su parte relativa dice: "... si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, **un término igual al de la prescripción** de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley".

El código penal federal, a diferencia del nuestro, no siempre tiene como reincidente a una persona que comete un nuevo delito. No porque, de manera clara y precisa advierte, de que si entre el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, ha transcurrido un término igual al de la prescripción de la pena, no habrá reincidencia. Por ejemplo, Juan quien fue procesado por el delito de violación y mediante sentencia ejecutoria fue condenado a una pena privativa de libertad de seis años; resulta que a los ocho años de que cumplió su condena vuelve a cometer un nuevo delito; en esta hipótesis no habrá lugar a considerarlo reincidente dado que ya transcurrió un plazo igual o mejor dicho mayor al de la prescripción de la pena. Ello es así, porque el artículo 113 del Código Penal Federal señala que "Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la..." y en similares términos se conduce el artículo 120 del Código Penal de Veracruz, que a la letra dice: "La sanción privativa de libertad prescribirá en un lapso igual al fijado en la condena, pero no podrá ser inferior a tres años" Si nos atenemos a lo que señala el código federal, Juan ya no será reincidente porque si fue condenado a seis años por el primer delito y a los ocho años comete otro, ya habrá pasado un término mayor al de la prescripción de la pena, esto es, seis años de pena privativa más un cuarto más, es decir, más año y medio más da igual a siete años y medio, pero el segundo delito lo cometió a los ocho años de haber cumplido la primera condena, ya no se surte la reincidencia y en ese tenor ya no podrá aplicársele la agravante de la pena a virtud de la susodicha reincidencia que en el código penal

veracruzano, a mandato expreso del artículo 87, al reincidente se le aplicará la sanción que corresponda por el último delito cometido, la que podrá aumentarse hasta el máximo de cincuenta años de privación de libertad, según la peligrosidad del delincuente. En el caso, el sentenciado no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales. Si en el ejemplo ya transcrito nos atenemos a lo que se consagra por el artículo 120 del código penal veracruzano, ya no habrá reincidencia dado que si Juan fue condenado a seis años y a los ocho años de cumplir la condena vuelve a delinquir ya no deberá ser considerado reincidente dado que ya transcurrió un término mucho mayor al de la prescripción de la pena, es decir, para que legalmente se le considere reincidente debió de haber cometido el segundo delito dentro de los seis años siguientes de que cumplió la primera sanción privativa de libertad, y al no hacerlo así no se le pueden imponer, con motivo de la aplicación de las sanciones, las agravantes de la reincidencia. **Así debería de ser pero el caso es que no lo es, al menos en nuestro estado, porque su código omite a la figura de la prescripción.**

Independientemente de lo ya explicado, debe observarse que ninguna de las legislaciones penales estudiadas, aclara que la reincidencia sólo debe actualizarse cuando se trate de delitos dolosos. Es decir, tanto el código penal federal como el de Veracruz hablan de sentencia ejecutoria y de que se cometa un nuevo delito pero no aclaran de qué tipo de delito debe tratarse si de delitos dolosos o de delitos culposos.

Considero que para evitar especulaciones, interpretaciones confusas por parte de los juzgadores, o el tener que acudir a los precedentes jurisprudenciales que se han dado a luz respecto a la reincidencia, los códigos penales (federal y local) deben ser claros y precisos en el sentido de que el condenado por sentencia ejecutoria lo debe de ser por delito doloso y el nuevo delito que cometa debe ser igualmente doloso. Es decir, si Juan en primer término fue condenado mediante sentencia ejecutoria a diez años de prisión por la comisión de "x" delito doloso y, poco tiempo después por la falta de cuidado, por negligencia, impericia o por imprevisión (es decir por culpa) atropella y mata a una persona, no debe de ser considerado reincidente porque el segundo delito que cometió no fue doloso sino culposo; lo mismo debe suceder o de igual manera se debe concluir si Juan quien es policía y revisando el arma que tiene asignada accidentalmente se le dispara y mata a un compañero de labores, entonces debe ser sujeto a una condena por la comisión del delito de homicidio culposo, pero, supongamos que cinco años después comete de manera dolosa el delito de robo; a mi parecer en este caso tampoco debe

considerársele a Juan como reincidente porque uno de los delitos fue culposo y el otro doloso, esto es, no fueron dolosos ambos delitos.

3.14 PROPUESTAS.

Ya se ha visto en el tema 3.5 que varias son las teorías que se oponen o fundamentan su posición negativa respecto a la reincidencia como circunstancia agravante. La mayoría de autores con las referidas teorías proponen en definitiva, la supresión de la agravante de la reincidencia y sus sustitución por medidas de seguridad vinculadas a la idea de la habitualidad criminal. Exigen la supresión porque en resumidas cuentas consideran que el fundamento de la agravante de la reincidencia no puede ser otro que una presunta mayor peligrosidad del delincuente y, bajo ninguna circunstancia puede admitirse que esta peligrosidad fundamente una agravación de la pena. La pena tiene su fundamento en la gravedad del delito, mientras que la peligrosidad únicamente puede fundamentar la imposición de una medida de seguridad, concluyen.

En otro concierto de ideas, en el tema 3.11 se analizó a conciencia la posición de la doctrina moderna frente al mantenimiento de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena. Como bien se desarrolló en ese tópico, es prolífica la lista de los estudiosos del derecho penal (Bustos Ramírez, García Arán, González Cuellar, Quintero Olivares, Rodríguez Mourullo, Mir Puig, Muñoz Conde, Calderón Cerezo y otros más) que están en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante. En síntesis señalan que debe desaparecer la institución de la reincidencia al igual que su consideración agravatoria de la pena, dado que, por un lado, ha dejado ver su total inoperatividad, y por el otro, porque ni la mayor perversidad del delincuente ni su más elevada peligrosidad pueden justificar el recurso de la pena; por otro lado, se sostiene que todas las agravantes agravan el hecho, mientras que la reincidencia es un atributo predicable del sujeto, además, fruto de una conducta anterior. Las agravantes, por el contrario de la reincidencia, suponen un mayor contenido del injusto, amén de que las agravantes deben ser abarcadas por el dolo del activo, cosa que no acontece con la reincidencia.

Así como vimos que hay autores que abogan por la desaparición no solo de la agravante de la pena por la reincidencia sino de la reincidencia misma, así también se enlistó una serie de estudiosos (Serrano Gómez, Manzanares Samaniego, Martínez de Zamora, Cerezo Mir, Jean Vallejo, etc.) que pugnan por su mantenimiento en los códigos punitivos,

basándose en la mayor culpabilidad del sujeto; señalan que la agravante de la reincidencia se basa en la mayor peligrosidad del delincuente, en el mayor desprecio cualificado como rebeldía frente a los bienes jurídicos. La agravación de la pena para un reincidente se funda en la insuficiencia relativa de la pena, insuficiencia demostrada por el reo con sus propios actos, es decir, con la rotunda demostración de su desprecio por la primera pena.

El trabajo de la suscrita sustentante no es para proponer que se mantenga o para que desaparezca tanto la reincidencia como su agravación de nuestro código penal; no, sino como ya deje entrever en el tema inmediato anterior, el o los puntos propositivos es para que en el artículo 33 del modernísimo código penal de nuestra entidad federativa se tomen en consideración tanto a la institución de la prescripción como la circunstancia de que los dos delitos que son necesarios para la existencia de la reincidencia deben ser dolosos. En esas condiciones, propongo que el legislador reforme el multireferido artículo 33 para que quede en los siguientes términos:

“Artículo 33.- Hay reincidencia siempre que el condenado por delito doloso y mediante sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la República Mexicana o del extranjero, cometa un nuevo delito doloso en la entidad, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley”

La propuesta de reforma que hago la apoyo con la siguiente tesis de jurisprudencia emitida por el Primer Tribunal colegiado en materia penal del Séptimo Circuito

REINCIDENCIA, NO EXISTE EN LOS DELITOS CULPOSOS O IMPRUDENCIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del Código Penal para el Estado, al reincidente se la aplicará la sanción que le corresponda por el último delito cometido, la que podrá aumentarse hasta el máximo de treinta años de prisión, según el grado de peligrosidad que revele. La interpretación jurídica del citado precepto legal permite concluir que sólo se refiere a los delitos dolosos o intencionales y excluye a los culposos o imprudenciales, pues respecto de éstos debe tomarse en consideración la mayor o menor gravedad de la culpa en que se haya incurrido por lo que si como aconteció en el caso, la autoridad responsable consideró reincidente al quejoso y aumentó la penalidad por tal concepto, con base en que se le

sentenció en diverso proceso penal por el delito de daños culposos, tal consideración carece de fundamento legal y es violatoria de la garantía de la exacta aplicación de la ley tutelada por el artículo 14 constitucional.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 25/2000.- 22 de marzo del 2001.- Unanimidad de votos.- Ponente: Sofía Virgen Avendaño.- Secretario: Marco Antonio Ovando Santos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El vocablo de **reincidencia** tiene sus orígenes en la necesidad de imponer una sanción más fuerte, más agravada que la anterior por la repetición de una conducta delictiva. Así de las cosas, el concepto de reincidencia lo podemos resumir de la siguiente manera: **la reincidencia se presenta cuando el sujeto activo de un delito, mismo por el cual ya fue condenado por sentencia ejecutoria, persiste en delinquir por segunda vez.**

SEGUNDA.- La reincidencia agrava la responsabilidad penal derivada de la comisión del delito, y provoca que el delincuente no tenga derecho a los beneficios que le hubiera podido otorgar la ley, de no haberse presentado así la reincidencia, lo podemos corroborar en el artículo 87 de nuestro Código Penal: **"Al reincidente se le aplicará la sanción que corresponda por el último delito cometido, la que podrá aumentarse hasta el máximo de cincuenta años de privación de libertad, según la peligrosidad del delincuente. En el caso, el sentenciado no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales que este código prevé".**

TERCERA.- En el contenido del trabajo vimos un panorama de teorías que están a favor y en contra de la reincidencia alegando la insuficiencia de la pena, la injusticia de la reincidencia como agravante, reducción de la pena y por último un tratamiento especial para el delincuente, yo concuerdo en parte con las dos de estas teorías que señalo a continuación:

- **Efectos agravantes,** porque aún cuando el delincuente ha experimentado el sufrimiento de la pena en particular por un delito anterior, vuelve a delinquir, muestra que para él, el sufrimiento efectivo de la pena ordinaria no es freno suficiente y no tendría sentido alguno aplicar en su contra la pena anterior. Por esto un aumento a la pena anterior debe ser impuesto para el mismo, tal vez una pena más fuerte haga que medite y a la vez evite que persista en delinquir.
- **Criterio moderno,** también coincido con esta teoría, pues existe un dicho muy cierto que mas o menos dice: *"El que se junta con lobos aullará"*, es decir que a veces las personas que te rodean o el medio en el que te desenvuelves puede afectar tu vida y personalidad e influir en ellas, ya sea positiva o negativamente, según sea el caso, por eso creo que puede darse lo que acertadamente expone esta

teoría de que al poner en contacto al primodelincuente con profesionales del crimen lo perviertan y lo hagan reincidente, no creo que sea siempre este el caso que de origen a que reincidan, puesto que también depende del tipo de voluntad que tengan las personas, pero sí considero que esta situación tiene gran influencia, sobre todo porque estos primodelincentes ya infringieron una vez la ley.

Cabe mencionar que de acuerdo jurisprudencia que cite en mis propuestas solo se va a considerar la reincidencia en el caso de los delitos dolosos, respecto al dolo nuestra legislación expresa lo siguiente:

“Obra con dolo, el que conociendo las circunstancias que integran la descripción legal, quiere o acepta la realización de la conducta o hecho legalmente descritos”(segundo párrafo artículo 21 C.P.V.) .

Es decir que el sujeto obra con toda la intención de causar daño, por lo cual necesita un tratamiento psicológico o psiquiátrico según sea el caso, que ayude a determinar el porque de su conducta y evitar que vuelva a recaer, necesita un tratamiento especial que le permita valorar su la libertad y todos los bienes jurídicos y materiales que protegen nuestras leyes para que no vuelva ni siquiera a pensar en reincidir.

CUARTA.- En el contenido también encontramos dos clasificaciones de reincidencia, en cuanto a la primera –reincidencia verdadera o propia y reincidencia ficticia o impropia- es importante mencionar que en nuestra legislación solo podemos hablar de una **reincidencia impropia**, ya que en nuestro código no se exige el cumplimiento de la sentencia, sino simplemente la existencia firme de la misma.

En cuanto a la segunda –reincidencia genérica y reincidencia específica- nuestra legislación no hace alusión a ninguna de ellas, puesto que nuestro código simplemente dice a la letra: **“... cometa otro delito en la entidad.”**, no especifica si debe ser o no del mismo género.

QUINTA.- La reincidencia suele compararse o asimilarse muy a menudo con los términos **concurso real** y con el de **habitualidad**, pero no hay lugar a tal comparación o similitud puesto que en cuanto a ambos términos la diferencia es clara y precisa: respecto al primero, es decir, del concurso real, imposible hablar de cierta semejanza o parecido pues a pesar de que es cierto que en la reincidencia hay una repetición delictiva

como en el concurso, en la reincidencia se requiere una sentencia condenatoria anterior a la repetición, mientras que en el concurso real no; respecto del segundo término, es decir la habitualidad, también es clara la diferencia ya que al igual que en el concurso real, en la habitualidad tampoco se requiere la sentencia condenatoria que se exige en la reincidencia, además de que para la habitualidad también se requiere que se cometan cuando menos tres delitos dolosos del mismo género, circunstancia que no se requiere en la reincidencia.

SEXTA.- Por último, como ya dije en mis propuestas, después de analizar nuestra legislación penal y el criterio jurisprudencial citado, considero necesario y de utilidad que se modifique el artículo 33 del Código Penal para el Estado de Veracruz para que quede de citado en la forma siguiente:

“Artículo 33.- Hay reincidencia siempre que el condenado *por delito doloso* y mediante sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la República Mexicana o del extranjero, cometa *un nuevo delito doloso* en la entidad, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, *un término igual al de la prescripción de la pena*, salvo las excepciones fijadas en la ley”.

Considero importante y necesaria tal reforma, por lo siguiente:

La jurisprudencia es la interpretación que de la Ley hacen los tribunales de la Federación, cuando la aplican a cinco casos concretos sometidos y resueltos por ellos sin ninguna sentencia en contrario. La jurisprudencia llena los vacíos, las lagunas y las contradicciones de la ley, se convierte en obligatoria y todos los tribunales inferiores deben acatarla y aplicarla.

No todos los ciudadanos, estudiantes, postulantes del derecho y en algunos casos los funcionarios judiciales, tienen acceso directo a la jurisprudencia y por lo mismo desconocen su existencia o no siempre se encuentran actualizados de las mismas, por lo que podría condenarse a una persona como reincidente aún cuando el delito anterior era imprudencial o culposo o viceversa, que el anterior sea doloso y el posterior imprudencial o culposo, en donde no habría lugar a reincidencia de acuerdo a la citada jurisprudencia, con esta reforma se impartiría la justicia de una forma pronta y expedita, en primera porque el juzgador no tendrían que estar revisando los precedentes ni haciendo malas interpretaciones ni aplicando sus propios criterios, y a la vez evitaríamos apelaciones y amparos

innecesarios, es decir se dejaría al alcance de todos este nuevo sentido dado en la jurisprudencia respecto a la reincidencia.

BIBLIOGRAFÍA

A

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, "Derecho Penal". Editorial Harla; México, 1993.

ASÚA BATARRITA, Adela "La reincidencia." Universidad de Deusto; Bilbao, Vizcaya, 1982.

B

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Parte General. Ediciones Akal, S. A. de C. V.; Madrid, España, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editorial Ariel; Barcelona, 1986.

C

CALDERON CEREZO Y CHOCLAN MONTALVO "Derecho Penal. Parte General". Editorial Bosch; Barcelona, 1999, p.268.

CASTELLANOS TENA, Ignacio. "Lineamientos elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa; México, 1997.

CEREZO MIR, José. "Estudios sobre la Reforma Penal Española". Editorial Tecnos; Madrid, España. 1993.

COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. "Derecho Penal. Parte General". 4ª Edición " Editorial Tirant lo Blanch; Valencia, 1996.

"Conozca sus Derechos". Editorial Reader 's Digest; México, 2004.

D

DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario Jurídico". Editorial Porrúa; México, 1998.

DICCIONARIO ACADEMIA. Editorial Fernández editores; México, 1990.

DICCIONARIO BASICO LAROUSSE. Editorial Ultra; México, 2003.

DICCIONARIO HISPÁNICO UNIVERSAL. Tomo 1. Editorial W.M: Jackson. Inc. Editorers; México, 1964.

F

FERREIRA, DELGADO, Francisco. "Teoría General del Delito". Editorial Temis; Bogotá, Colombia; 1988.

G

GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español". Ediciones de la Universidad de Barcelona; Barcelona 1980.

J

JIMENEZ DE ASUA. *Biblioteca Clásicos del Derecho*. V. 7 "Lecciones de Derecho Penal". Editorial Harla; México, 1999.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. "La Ley y el Delito". Editorial Sudamericana; Buenos Aires, 1980.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. "Panorama del Delito". Editorial Porrúa; México, 1950.

M

MOTO SALAZAR, Efraín. "Elementos de Derecho". Décima novena edición. Editorial Porrúa; México, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal. Parte General". Editorial Tirant lo Blanch; Barcelona, 2002.

MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN "Derecho Penal. Parte General". Editorial Tirant lo Blanch: Valencia, 1998.

P

PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado De Derecho Penal". Estudio programático de la parte general". 2º Edición. Editorial Jurídica Grijley; Lima- Perú, 1995.

PORTE PETIT, Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal". Editorial Porrúa; México, 1997.

Q

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editorial Aranzadi; Pamplona, 1999, p. 733.

R

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Editorial Ariel; Barcelona, 1972.

S

SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Tomo. II, Editorial La Ley; Buenos Aires, 1970.

V

VELA TREVIÑO, Sergio. "Teoría del Delito". Editorial Trillas; México, 1985.

VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa; México, 1960.