



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**"ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO EN EL
ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL EN EL AMBITO DE EJECUCIÓN DE
PENAS".**

T E S I S

QUE PRESENTA:

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
FLORENCIO FLORES TORRES**

No. DE CUENTA. 09732070-2

ASESOR DE TESIS: LIC. JUAN JOSÉ LÓPEZ TAPIA

MAYO 2005

m344270

ALA UNAM

Por darme la oportunidad de ser parte, y pertenecer a esta gran institución,
así como por brindarme sus aulas e instalaciones sin condición alguna,
para sentirme cómodo y confortable para realizar mis estudios
y así mismo por cumplir mi sueño de formar parte de ésta
grandiosa comunidad universitaria.

Y sobre todo, por darme todo sin pedir nada a cambio.

A MI ASESOR

Lic. JUAN JOSÉ LOPEZ TAPIA.

Gracias por su dedicación y tiempo que siempre me brindo.
Por el apoyo y asesoría al presente trabajo.

A MIS SINODALES

LIC. ENRIQUE RAMÍREZ HERNÁNDEZ, LIC. ERNESTO RIVAS
ROMERO, LIC. VICTOR MANUEL SERNA THOME.

Gracias les doy por haberme brindado la atención y el tiempo necesario a la
revisión de este trabajo y por formar parte de esta máxima casa de estudios a la
cual han dedicado parte de su vida.

A TI PROFESOR

LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ

Gracias por tu apoyo, por esos consejos que nunca dejaron de ser buenos e
Impulsivos para el desarrollo de mí vida profesional y por haberme enseñado
con tu ejemplo a superarme día a día.

A MI FAMILIA.

Sabiendo que jamás existirá una forma de agradecer
en ésta vida de lucha y superación constante;
deseo expresarles que mis ideales esfuerzos y logros
han sido también suyos y constituye el Legado mas grande
que pudiera recibir como el primer paso del principio
en mi vida profesional, esperando que éste triunfo
lo sientan como suyo, les dedico éste trabajo
con cariño, admiración y respeto.

A TÍ

Por que gracias a tu apoyo y consejos,
he llegado a realizar la mas grande
de mis metas y el mas anhelado
de mis sueños. La cual constituye:
la mas grande Herencia
que pudiera recibir de ti.

A ESA PERSONA ESPECIAL.

Como una muestra de agradecimiento por contar con tu cariño.
Por ésa Humanidad que hay en ti y que cada segundo
demuestras por ser una gran persona y además de tu apoyo moral,
he llegado a realizar una de mis más grandes metas,
que es la superación profesional esperando
sea en beneficio de nosotros.

A MIS AMIGOS

Que dentro de esta ardua carrera y largo camino,
siempre nos estuvimos apoyando e impulsando
para concluir con este solo propósito, el de ser
Licenciados en Derecho. Gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
---------------------------	---

CAPITULO I

ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

1.1 Concepto de Delito	7
1.2 La Corriente Analítica ó Atomizadora	12
1.3 La Corriente Unitaria ó Totalizadora	14
1.4 Los Elementos Positivos del Delito	15
1.5 Los Aspectos Negativos del Delito	34

CAPITULO II

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO EN EL ARTICULO 303 FRACCION II DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1 En orden a la conducta y su ausencia	56
2.2 En orden a la antijuridicidad y las causas de licitud	59
2.3 En orden a la tipicidad (tipo), ausencia de tipo y atipicidad	60

2.4	En orden a la imputabilidad y las causas de imputabilidad	62
2.5	En orden a la culpabilidad y las causas de inculpabilidad	63
2.6	En orden a las condiciones objetivas de punibilidad y la falta de condiciones objetivas de punibilidad	65
2.7	En orden a la punibilidad y excusa absolutoria	65

CAPITULO III

EL CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO PREVISTO EN EL ARTICULO 303 FRACCION II DEL CODIGO PENAL

3.1	Concepto de Concurso	69
3.2	Formas de Concurso	72
3.3	El concurso de delitos en el tipo previsto en la fracción II del artículo 303 del Código Penal	109

CAPITULO IV

LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO PREVISTO EN EL ARTICULO 303 FRACCION II DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1	Concepto de participación	114
4.2	El concurso necesario y concurso eventual de sujeto	115

4.3	Requisitos de la participación	129
4.4	Teoría sobre la participación	130
4.5	Formas de participación	136
4.6	La participación en el tipo previsto en el artículo 303 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal.....	141
 CONCLUSIONES		 145
 BIBLIOGRAFÍA		 149

INTRODUCCIÓN

Los elementos positivos del delito se analizan en el presente trabajo, toda vez que sirven de fundamento para su aplicación en el tipo previsto en la fracción II del artículo 303 del Código penal vigente para el Distrito Federal bajo el rubro de "delitos cometidos en el ámbito de la ejecución penal". Conducta novedosa en la presente legislación punitiva y ésta ha sido la razón por la que se aplican todos y cada uno de los elementos del delito como son: la conducta, la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, la imputabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad, desde luego es un esfuerzo jurídico que formulo al respecto, sujeto a mejores criterios.

A la conducta consistente en otorgar indebidamente privilegios a los internos, regulado en la fracción II del artículo 303 de Código Punitivo de referencia, también se le aplican todos y cada uno de los aspectos negativos del delito, llegando a precisar que dada la naturaleza exclusiva de la calidad del sujeto activo que debe ser Servidor Público y haciendo un análisis al respecto he llegado a la convicción como se acredita que no opera ningún aspecto negativo.

La conducta prevista en la fracción II del artículo 303 acepta la institución del concurso de delitos tanto desde el punto de vista real o material o desde el punto de vista ideal o formal.

La figura de la participación ha quedado demostrado en cuanto a que la conducta prevista en la fracción II del artículo 303 y a que me he referido anteriormente acepta como se afirma autores intelectuales, coautores y cómplices.

➤ **ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO
EN EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
EN EL AMBITO DE EJECUCIÓN DE PENAS.**

CAPITULO I

ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

- 1.1 Concepto de Delito
- 1.2 La Corriente Analítica ó Atomizadora
- 1.3 La Corriente Unitaria ó Totalizadora
- 1.4 Los Elementos Positivos del Delito
- 1.5 Los Aspectos Negativos del Delito

CAPITULO I

ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

1.1 CONCEPTO DE DELITO

La palabra delito deriva del verbo latino "delinquere". que significa abandonar, apartarse del buen camino o alejarse del sendero señalado por la ley.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica y esencial.

Como el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos.

El Delito en la Escuela Clásica.

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí solo aludiremos a la de Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica. quien lo define como " *La infracción a 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".¹

Para Carrara no es un ente de hecho, si no un ente jurídico por que su esencia debe consistir necesariamente en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella, pero para no confundirlo con el vicio, o sea, el abandono de la ley moral, ni con el pecado violación a la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos. pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, precisó anotar en su definición como infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley Penal las simples opiniones deseos y pensamientos y también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones, lo cual estima moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.

El Delito en la Escuela Positiva.

Pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultando necesario de factores hereditarios, de causas

¹ Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano, p. 188, Ed. Porrúa México 1999.

físicas y de fenómenos sociológicos. Rafael Garófalo, jurista del positivismo define al delito natural como "*una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad*".²

Para esta corriente el delincuente al encontrarse determinado por factores naturales, debe ser sujeto a medidas de seguridad no a penas, porque en él carece de sentido la pena con finalidades represivas, pues si no pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace la pena no va a en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta.

Así, que podemos decir que Delito es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales), no es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que ésta amenace, es decir, se anuncie como la consecuencia misma, legalmente necesaria. La noción teórica-jurídica del delito puede, así, fijarse con éstos elementos.

El delito es un concepto delimitable *a priori* conforme a principios abstractos, ya que uno de sus factores está constituido por una apreciación política librada al buen sentido de la justicia y la defensa

² Pavón Vasconcelos, Ob. Cit. pp. 187 y 188.

del orden jurídico del legislador, lo que le confiere carácter contingente y mutable.

Como noción jurídica basada en la violación de la norma recogida por el precepto penal al formular los tipos de delito, se ha considerado como: acción – conducta humana, típica, contraria al derecho – antijurídica, culpable, reprochable sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad.

Modernamente se han formulado numerosas definiciones del delito; es la infracción de un deber exigible en daño a la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico constituido por una relación de contradicciones entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica; es la infracción 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, es la violación de un derecho o de un deber, es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber; es, desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico; y, desde el ángulo valoratorio, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que existe una expiación consistente en la pena.

Bien entonces delito es la conducta típica, antijurídica, punible, merecedora de una pena prevista por el Código Penal. Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: es una acción, la que

es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas condiciones objetivas, o sea, que esta conminada con la amenaza de una pena. Acción por que es acto u omisión humano; antijurídica por que ha de estar en contradicción de la norma, ha de ser ilícita; típica por que la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable por que corresponde subjetivamente a una persona. La norma prohibitiva solo es eficaz penalmente por medio de la sanción; de donde deriva la consecuencia punible.

El delito es: Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos; también es Permanente o Continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo y es Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

También se dice que las acciones u omisiones delictivas pueden solo realizarse de manera dolosa o culposamente. Y obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; pero también actúa culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confinado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Concepto De Delito Según La Dogmática Jurídica Del Delito.

Noción jurídica sustancial del delito.- Este es un acto típicamente antijurídico culpable imputable al hombre sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad y sometido a la sanción penal.

Noción Jurídico-Formal.

La verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, el delito se caracteriza por su sanción penal si una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

1.2 LA CORRIENTE ANALÍTICA o ATOMIZADORA.

La doctrina para conocer la composición del delito ha recurrido principalmente a dos corrientes opuestas las cuales pretenden establecer el criterio privatista de estudio del delito, por una parte la *corriente analítica o atomizadora* y por otra la *corriente unitaria o totalizadora*.

"Por su parte la teoría analítica o atomizadora contempla al delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos, y éstos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad".³

Así que, la idea analítica estudia el hecho criminoso desintegrándolo en elementos pero con una conexión entre si que en conjunto forman la unidad del mismo, por ejemplo es como el organismo fisiológico o patológico, es un todo que solo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente, pero, el fisiológico no sabrá como funcionan en conjunto huesos y músculos viseras y vasos, si no los estudio uno a uno en la disciplina que se llama anatomía.

Nosotros somos partidarios de la concepción analítica porque consideramos que desintegrar al delito, para analizar cada parte, no es negar su unidad, si no es un medio para determinado; "el delito es un todo un conjunto lógico unitario, en el cual se puede, sin embargo, discernir idealmente lo que tiene de accidental y lo que le es esencial. Fijar las notas esenciales los rasgos característicos e inconfundibles de ese hecho jurídica que es el delito. es oficio del criminalista".

³ Orellana Wiarco Octavio A. Teoría del Delito, p. 8, Ed. Porrúa México, 2002.

1.3 LA CORRIENTE UNITARIA o TOTALIZADORA.

"Para la teoría unitaria el delito es un todo que no admite su estudio en planos o niveles analíticos, apoyándose en argumentos Kelsenianos, donde toda consideración naturalista o finalista debería ser desterrada.

Uno de los mas fervientes sostenedores de la teoría unitaria o totalizadora lo es el tratadista italiano Francisco Antolisei quien dice: el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable. También se puede incluir en posición unitaria o totalizadora a la llamada Escuela de Kiel que es la corriente penal nacional-socialista que mas bien se apoyo en razones políticas".⁴

Otros autores como Carnelutti en Italia Schaffstein, Dahn y Kemperman en Alemania identifican al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, es decir la realidad del delito se encuentra intrínseca en su unidad. y no se puede dividir.

⁴ Orellana Wiarco. Ob. Cit. pp. 7 y 8.

1.4 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.

El jurista español Luis Jiménez de Asúa, apoyándose en el penalista alemán Guillermo Sauer, estudia los aspectos positivos del delito enumerándolos de la siguiente forma:

- a) "Conducta.
- b) Tipicidad.
- c) Antijuricidad.
- d) Culpabilidad.
- e) Imputabilidad.
- f) Punibilidad.
- g) Condiciones Objetivas de Punibilidad".⁵

A continuación se analizarán cada uno de los elementos positivos mencionados:

- a) *Conducta.*

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito al existir. Algunos estudiosos le llaman *acción, hecho, acto o actividad.*

⁵ Orcllana Wiarco Ob. Cit. p. 9.

La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal responsabilidad culposa o preterintencional), activo (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer), que produce un resultado.

Solo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse un sujeto activo; por tanto, se descartan todas las creencias respecto así los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas; de *acción* y de *omisión*.

Acción. La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas. La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios.

Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado, y la relación de causalidad, llamado éste último también nexo causal.

Voluntad. Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención;

Actividad. Consiste en el "hacer" o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito;

Resultado. Es la conciencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal, y

Nexo de causalidad. Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual éste último no puede atribuirse a la causa.

Se insiste en que el nexo causal debe ser material ya que si es moral, espiritual o psicológico, será irrelevante para el derecho penal. Quien desea matar debe actuar de manera que el medio o los medios elegidos para tal propósito sean objetivos y, por tanto, idóneos; se requiere que los materialice para lograr el resultado típico.

Omisión. La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser *simple* ó *comisión por omisión*.

Omisión Simple. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposamente, con el cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva; por ejemplo, portación de arma prohibida.

Comisión por Omisión. También conocida como Omisión Impropia, es un no hacer voluntario culposo cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos con lo que se puede causar la muerte de éstos.

Elementos de la Omisión son la Voluntad, la Inactividad, el Resultado y el Nexo Causal. Los delitos de simple omisión no cabe hablar de nexos causales, pues no se produce ningún resultado.

En la Comisión por Omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobar el nexo causal.

Lugar de conducta; En principio, el lugar donde se comete un delito coincide tanto en su conducta como el resultado que produce; así, conducta y resultado ocurren en el mismo lugar; sin embargo, a veces, debido a la naturaleza del delito, la conducta se realiza en un lugar y el resultado en otro. La solución aparentemente correcta, es considerar aplicable la ley más favorable al sujeto activo, con

independencia de la ley del lugar donde se produjo la conducta o el resultado.

Por regla general, el delito produce el daño o peligro en el momento de llevarse a cabo la conducta; sin embargo, a veces varía el tiempo de uno y otro, lo cual puede dar lugar a que la ley haya sufrido reformas en ése lapso.

b) Tipicidad.

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.

Como anteriormente se dijo que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, el tipo es la descripción legal de un delito, o bien la abstracción de la conducta al tipo, el tipo es la descripción legal de un delito, o bien la abstracción plasmada en la ley de una figura delictiva. Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquier otra idea similar.

La ley contempla abstractamente la descripción de los tipos; de no existir el tipo aún cuando en la realidad alguien realice una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito por que no lo es, y sobre todo, no se le podrá

castigar; mas bien, se estará en presencia de conductas atípicas asociales o antisociales, pero no de delitos.

Didácticamente se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponde, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta que realiza sea idéntica a la abstracción legal.

Principios Generales de la Tipicidad.

La tipicidad se encuentra apoyada en el Sistema Jurídico Mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad. Estos principios son:

- a) Nullum crimen sine lege. No hay delito sin ley.
- b) Nullum crimen sine tipo. No hay delito sin tipo.
- c) Nulla poena sine tipo. No hay pena sin tipo.
- d) Nulla poena sine crimen. No hay pena sin delito.
- e) Nulla poena sine lege. No hay pena sin ley.

La Constitución Mexicana ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista norma o tipo que establezca el referido comportamiento que se pudiere imputarle.

Dentro de los tipos existe una clasificación y ésta consiste para facilitar la identificación de sus rasgos característicos, para diferenciar un delito de otro e incluso resolver problemas prácticos. Ésta clasificación queda de la siguiente manera:

1.- Por el Bien Jurídicamente Protegido. Los delitos se agrupan por el bien jurídico que tutelan, criterio que sigue el Código Penal del Distrito Federal vigente. Ocasionalmente se que el criterio seguido por el legislador es otro, pero, en términos generales, prevalece el del bien jurídico en la legislación mexicana; así, existen delitos contra la libertad sexual, patrimoniales, contra la vida, contra la salud, etc.

2.- Por su Ordenación Metódica. De acuerdo a que determinadas circunstancias ésta puede ser *básico o fundamental*, es el tipo que sirve de eje o base y del cual se derivan otros, con el bien jurídico tutelado. El tipo básico contiene el mínimo de elementos y es la columna vertebral de cada grupo de delitos; por ejemplo, el robo y el homicidio; *Especial*, se deriva del anterior, pero incluye otros elementos que le dan autonomía o vida propia, ésta clase de delitos pueden ser agravados o atenuados, éstos últimos se denominan también privilegiados; *Contemplado*, es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su punibilidad, de

manera que lo agravan o atenúan; además, no tiene vida autónoma como especial, ejemplo, robo a casa habitación, con una pena agravada, según el lugar donde se cometa.

3.- Por su Composición. Se refiere a la descripción legal que hace referencia a sus elementos, los cuales pueden ser objetivos, subjetivos o normativos, así el delito puede ser: normal, la descripción legal sólo contiene elementos objetivos; por ejemplo, el homicidio; o bien éste puede ser anormal, se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos; por ejemplo, homicidio en razón del parentesco o el abandono de personas (sin causa justificada).

4.- Por su Autonomía o Dependencia. Hay delitos que existen por sí solos, mientras que otros necesariamente dependen de otro, el autónomo, tiene existencia por sí; ejemplo robo y homicidio; dependiente o subordinado, su existencia depende de otro tipo, por ejemplo el homicidio en riña o duelo y robo de uso.

5.- Por su Formulación. Por la forma en que se da la descripción del tipo, el delito puede ser casuístico el tipo plantea diversas hipótesis o posibilidades para integrarse el delito, y éste a su vez derivarse en alternativo o acumulativo, el primero de ellos es cuando basta que ocurra una de las alternativas que plantea la norma, ejemplo, el despojo; el segundo es cuando por la integración del delito se requiere que ocurran todas las hipótesis planteadas, ejemplo, estupro; amplio, el tipo no precisa un medio específico de comisión, de modo que puede serlo cualquiera, ejemplo, homicidio.

6.- Por su Descripción de sus Elementos. Es cuando el legislador lleva a cabo la descripción legal del tipo y puede ser descriptivo, normativo y subjetivo, el primero ocurre cuando con detalle de los elementos describe el delito, y el segundo se da cuando hace referencia a lo antijurídico; generalmente va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se reconoce por frases como: "sin derecho", "indebidamente", "sin justificación", etc. Implica lo contrario a derecho por ejemplo el robo el cual se comete sin derecho y sin consentimiento y por ultimo el subjetivo, que se da cuando la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetiva, o sea, es un aspecto interno, el elemento subjetivo consiste en que el delincuente conozca el parentesco que lo une con su víctima en lo que hace al homicidio en razón del parentesco.

c) Antijuricidad.

La antijuricidad es lo contrario a Derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

La antijuricidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se le denomina también "ilicitud", palabra que también comprende el ámbito de la ética, "ilegalidad", palabra que tiene una estricta referencia a la ley; "injusto", preferida por los alemanes para significar lo contrario al derecho, equivalente a lo antijurídico. Es una suma la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado.

Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley. Nos referimos a las normas de cultura, o sea a aquellas ordenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. Cuando éstas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a ellas constituyen lo antijurídico. Las normas de cultura son, por tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el derecho como expresión de una cultura.

La norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuricidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley, el delito.

Por ser la antijuricidad oposición a las normas de cultura, no puede ser mas que una. Pero toda vez que las reglas de conducta están recogidas en el derecho, con sus varias especialidades, puede hablarse de antijuricidad en la especie penal, lo mismo que en otras.

Se entiende que la antijuricidad es la discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico, lo que es válido para todo el orden jurídico; mientras que la acción misma valorada como contraria al derecho, constituye el "injusto".

Normativamente considerado el delito es la conducta antijurídica por cuanto contradice una norma o ley cultural establecida para regular la vida en la comunidad de los hombres libres.

Se distinguen dos tipos o clases de antijuricidad: *material* y *formal*.

Material. Es propiamente lo contrario de derecho, teniendo como resultado una afectación colectiva y,

Formal. Es la violación de una norma que el Estado impone.

Para éste elemento del delito, aplicado al caso concreto del artículo 303 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal se da la antijuricidad al realizar la acción típica al que otorgue indebidamente privilegios a los internos.

En otros términos la antijuricidad en los delitos cometidos en el ámbito de la ejecución penal otorgando indebidamente privilegios a internos existirá cuando la misma no se encuentre amparada por una causa de justificación.

d) *Culpabilidad*.

El delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica; aquí estudiaremos en este apartado otro elemento necesario para que se integre en su totalidad el delito y lo es la culpabilidad.

La culpabilidad es la relación que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Para Vela Treviño,

"la culpabilidad 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".⁶

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías: *la psicológica y la normativa*.

La teoría psicológica, funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo.

La teoría normativa, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

Como fundamento la culpabilidad se ha señalado la peligrosidad criminal. La teoría del estado peligroso ha sido perfeccionada últimamente distinguiéndose entre los estados peligrosos predelictivos (infractores defectuosos, degenerados o anormales, por antecedentes y por vías de hábito o pasión), y los postdelictivos que se comprueban por la misma infracción penal, teniéndose entonces por medida de la peligrosidad la infracción misma considerada ya como resultante de un fenómeno humano y social complejo y no como entidad legal.

En consecuencia, la nueva noción del estado peligroso exige que el juez tenga la facultad para aplicar las medidas de seguridad y

⁶ Vela Treviño Sergio, *La Culpabilidad e Inculpabilidad* Ed. Trillas, México. 1985, p. 337.

defensa hasta aquellos sujetos que no hayan cometido delito alguno, pero que sean peligrosos.

El fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenado el tipo legal; condiciones que prueben que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por éste y amerita un juicio de reproche. Dentro del código penal se prevén dos tipos de reproche, que son *el dolo y la culpa*.

Dolo. Éste consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuricidad del hecho, también se le conoce como delito intencional o doloso.

Los elementos del dolo son dos. *Ético*, que consiste en saber que se infringe la norma y *Volitivo*, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

El dolo puede ser *directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado*. Cabe insistir en que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

Culpa. Es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, cuando pudo ser previsible y evitable.

Los elementos de la culpa son las partes esenciales para su integración y estos son: *conducta, carencia de cuidado, cautela o precaución* que exigen las leyes, resultado previsible y evitable, tipificación del resultado y nexo o relación de causalidad. Cada elemento de la culpa se explican por si solo, por lo que no hay la necesidad de detallarlos.

Existen varias clases de culpa que en esta ocasión solo serán mencionadas, la primera de ellas es la *culpa consciente* (previsión o con representación) se da cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá. La segunda es la *inconsciente* (culpa sin previsión o sin representación) y 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.

Existe otro tercer grado de culpabilidad que es la "Preterintención", la cual fue suprimida en las reformas del 10 de enero de 1994 en el Distrito Federal.

La preterintención consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia.

Los delitos cometidos preterintencionalmente tienen como elementos la "intención o dolo", "imprudencia en la conducta" y

"resultado mayor que el querido".

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica y antijurídica, realizada por un sujeto imputable y culpable.

e) Imputabilidad.

Imputabilidad, viene de la palabra imputar, que significa poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y para el derecho penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad.

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 otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Existen acciones libre de causa que en latín se les conoce como *liberae in causa*, son aquellas libres de 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 en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito. Se llaman así porque acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto.

La imputabilidad se fundó, así, en el concurso de la inteligencia y de la libre voluntad humana. En consecuencia, donde faltara el libre albedrío o libertad de elección, no cabía aplicación de pena alguna, cualesquiera que fueran las circunstancias de la acción y las condiciones propias del sujeto. La imputabilidad deriva de la existencia misma de la sociedad, porque el sujeto es causa física de la infracción; el hombre es penalmente imputable porque lo es socialmente y porque vive en sociedad y mientras viva en ella.

f) Punibilidad.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor, a la pena. También se utiliza para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

La punibilidad no es la aplicación efectiva de la sanción al delincuente; es la amenaza que el Estado hace de aplicar una pena al autor del ilícito penal. Un hecho será punible cuando descrito abstractamente en la Ley se encuentra conminada su realización con la aplicación de una pena.

Actualmente persiste el debate sobre sí, es la punibilidad elemento esencial del delito o su necesaria consecuencia, se inicio

con la tendencia de prescindir de la punibilidad en la definición del delito, por considerarse que ésta no constituye un substancial elemento de su noción, sino su necesaria y fundamental consecuencia.

La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; esto es que, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre justicia retributiva, suena lógico el decir que el delito es punible, pero esto no justifica que la punibilidad forme parte del delito.

No confundamos la pena de su ejecución y fin resocializador, que sí es consecuencia del delito, con la punibilidad. La pena, a diferencia de la punibilidad, entendida como forma de reacción que emplea el Estado para reprimir y prevenir la criminalidad, es consecuencia del delito.

El delito se integra al concurrir sus elementos constitutivos, que son: la conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

A diferencia de la pena, la punibilidad, son los márgenes de tiempo que impone el legislador como castigo por la comisión de un delito.

En resumen la punibilidad es:

- a) merecimiento de penas;
- b) conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y
- c) aplicación fáctica de las penas en la ley.

En materia penal el Estado reacciona mucho más enérgicamente al conminar la ejecución de determinados comportamientos con la aplicación de las penas. Aun se sigue discutiendo si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito.

Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco son elementos esenciales del delito. Por otra parte, aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad, frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los llamados delitos privados. Generalmente son definidas como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación".

g) Condiciones Objetivas de Punibilidad.

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Para Castellanos Tena, las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito y frecuentemente se confunde con requisitos de procedibilidad.

Para Liszt Schmidt las circunstancias exteriores nada tienen que ver con la acción delictiva, pero su presencia condiciona la aplicación de la sanción.

Existen varias diferencias entre las condiciones objetivas de punibilidad y los elementos constitutivos del delito:

Los elementos constitutivos integran el hecho vivificado por el elemento psicológico; las condiciones de punibilidad lo presuponen.

Los elementos constitutivos se refieren al precepto contra el cual se realizan; las condiciones de punibilidad se refieren a la sanción cuya aplicación suspenden. Los elementos constitutivos son esenciales e imprescindibles para todo delito; las condiciones de punibilidad existen solo excepcionalmente.

Aunque en este caso se trata de otro elemento del delito, dada su naturaleza controvertida, pues la mayoría de los autores niegan que se trate de un verdadero elemento del delito, se ha incluido en el tema de la punibilidad por su relación estrecha con ésta. Al igual que la punibilidad, la condicionalidad objetiva no es propiamente parte integrante y necesaria del delito; éste puede existir sin aquéllas.

NOCIÓN.

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o de perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito.

JIMÉNEZ DE ASÚA, quien les denomina *condiciones objetivas de punibilidad*, afirma "son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras del delito".⁷

En realidad las condiciones objetivas de punibilidad son elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad.

1.5 LOS ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

El propio jurista Luis Jiménez de Asúa y teniendo presente a Guillermo Sauer, a cada elemento positivo del delito le señala sus aspectos negativos que a continuación transcribo:

⁷ Jiménez de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*, p. 425, Ed. Ermes, Buenos Aires 1980.

- a) "Ausencia de Conducta.
- b) Atipicidad.
- c) Causas de Justificación ó de Licitud
- d) Inculpabilidad.
- e) Inimputabilidad.
- f) Excusas Absolutorias.
- g) Falta de Condiciones Objetivas de Punibilidad."⁸

a) Ausencia de Conducta.

En algunas circunstancias, surge el aspecto negativo de la Conducta, o sea, la Ausencia de Conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y, por tanto, da lugar a la inexistencia del delito.

Habrá Ausencia de Conducta en los casos siguientes: *Vis absoluta, Vis mayor, Actos reflejos, Sueño, Sonambulismo e Hipnosis.*

Vis absoluta.

La Vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva. Matar por Vis absoluta coloca al

⁸ Orellana Wiarco Ob. Cit. p. 9.

supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo.

Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico puede ser responsable quien es "usado" como medio para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de alguien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona.

Vis mayor.

Es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, se presenta el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto "agente", ni conducta propiamente dicha; de ahí que la ley penal no lo considera responsable. Un ejemplo sería que un terremoto, alguien, impulsado por un movimiento brusco de la tierra, lanza al vacío a una persona que tiene cerca.

Actos reflejos.

Los Actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro de

éste a un nervio periférico⁹ como el sujeto esta impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito. Por la acción de un acto reflejo puede cometerse una lesión o daño en propiedad ajena.

Sueños y Sonambulismo.

Dado el estado de inconciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica; para otros, se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad.

Hipnosis.

Esta forma de inconciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta si en estado hipnótico se cometiere un delito. Al respecto, existen diversas corrientes: algunos especialistas afirman que un persona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador si en su estado consciente no fuere capaz de llevarla a cabo. En éste aspecto no hay unanimidad de criterios. Al efecto, el Código Penal del Distrito Federal, en su artículo 29 fracción I, consideran circunstancia excluyente de

⁹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, t IV, Sopena, Barcelona, 1977.

responsabilidad penal "que el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente".

b) Atipicidad.

El aspecto negativo de la tipicidad 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, lo cual da lugar a la no existencia del delito. La conducta del agente no es adecuada al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo. Por ejemplo, en el robo el objeto material debe ser una cosa mueble, si la conducta recae sobre un inmueble, la conducta será atípica respecto del robo, aunque sea típica respecto del despojo.

Existe confusión en cuanto a que existe otra figura, la ausencia del tipo, la cual es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada. En la legislación mexicana no existe el tipo de blasfemia, a diferencia de algunas legislaciones europeas; así, si en México alguien profiere insultos o denotación respecto de algún concepto o imagen religiosa, no cometerá delito, por haber ausencia de tipo.

c) Causas de Justificación ó Licitud.

El aspecto negativo de la antijuricidad lo constituyen las causas de justificación que son las razones o circunstancias que el legislador considero para anular la antijuricidad de la conducta típica realizada, al considerar lícita, jurídica o justificativa.

La antijuricidad es lo contrario a derecho mientras que lo contrario a la antijuricidad es lo conforme a derecho o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho de suerte que cuando hay alguna justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia se anula el delito, por considerar que la conducta es lícita por el propio derecho.

En principio, la Ley Penal castiga a todo aquél que lo contraria (antijuricidad), pero es excepcionalmente la misma ley establece casos en que justifica la conducta atípica (causas de justificación o licitud) con lo cual desaparece la antijuricidad.

Estas causas de licitud o de justificación que la misma ley establece están contempladas en el artículo 29 del Código Penal conocidas como circunstancias excluyentes del delito, también suelen denominárseles eximentes, causas de incriminación o causas de licitud.

La naturaleza de las causas de justificación es eminentemente objetiva, pues derivan de la conducta y no de algún elemento interno. De lo anterior se explica que dichas causas anulen el delito mas no la culpabilidad.

Los criterios de las causas de licitud que las fundamentan son el consentimiento y el interés preponderante.

Consentimiento. Debe ser serio y voluntario y corresponde a la verdadera voluntad del que conciente, para que el consentimiento sea eficaz se requiere que el titular, objeto de la acción y el objeto de protección, sea una misma persona.

Interés preponderante. Surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia.

La legislación mexicana contempla las siguientes causas de justificación:

a) Legítima defensa. Ésta figura excluye de pena a quien causa un daño por obrar en virtud de la defensa de determinados intereses previstos en la ley según ciertas circunstancias.

Ésta causa de justificación es una de las mas importantes para la ley penal. Es común escuchar a los abogados que se refieren a ésta

figura como defensa propia cuando esto es una incorrección pues dicha defensa es en ocasiones respecto de bienes jurídicos ajenos, no necesariamente propios.

La legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente en inmediata por parte del agredido o de la persona a que se defiende; contemplada en la fracción IV del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

Los elementos de la legítima defensa como ya se mencionaron son: la *repulsa*, que significa rechazar, evitar algo, eludir o no permitir que algo ocurra o se acerque; *agresión*: consiste en atacar, a cometer, pretender dañar a alguien. Dicha agresión puede ser real cuando es algo cierto y no se trata de una simple suposición o presentimiento; actuar, cuando ocurre en el mismo instante de repelerla; inminente; que sea próxima o cercana que por lo menos este a punto de ocurrir; *sin derecho*: ésta debe de carecer de derecho por que la existencia de éste anularía la antijuricidad y no se justificaría la defensa; *en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos*: ésta debe de obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno; *necesidad de defensa*: significa que la acción realizada fue la necesaria y proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta; *racionalidad de los medios empleados*: quiere decir que el medio no sea extremo; *sin mediar provocación suficiente dolosa e*

inmediata: en éste supuesto se entiende que no debió haber la mínima provocación a la agresión de quien defiende el bien jurídico tutelado o a una persona.

b) Estado de Necesidad. Ésta es otra causa de justificación o licitud de vital importancia contemplada en el artículo 29 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal, ésta consiste en la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Al analizar la definición legal del estado de necesidad observamos que está integrada por los elementos siguientes: *peligro*: debe existir la amenaza de una situación que pueda causar daño; *el peligro no debe haberlo ocasionado dolosamente el agente*: esto es que el agente no debió haber ocasionado el peligro con dolo; *causar un daño*: esto es que el agente causara una afectación o daño a un bien jurídico para salvaguardar otro; *que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro*: el sujeto activo deberá actuar para salvaguardar el bien jurídico amenazado, no habiendo otro medio practicable al empleado o que no hubiera otro menos perjudicial a su alcance.

c) Ejercicio de un Derecho. Éste aparece con el cumplimiento de un deber, contemplados en la fracción VI del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

Ejercer un Derecho, es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista una necesidad racional del medio empleado. En ésta eximente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de un profesión, de una relación familiar, etc.

d) Cumplimiento de un Deber. Éste consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

En éste orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado relativo al ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica en que en el primer caso consiste en ejercitar un derecho, mientras que en el segundo, al cumplir un deber, y muchas veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

e) Consentimiento del Titular del Bien Jurídico. Ésta nueva circunstancia o excluyente de delito contempla una figura que se puede prestar a interpretaciones erróneas. Ésta causa de licitud contempla tres elementos, el primero de ellos es que el bien jurídico sea disponible, el segundo que el titular del bien tenga la capacidad de

disponer libremente del mismo, y tercero que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio.

d) Causas de Inculpabilidad.

Sin embargo también existe el lado o aspecto negativo de la culpabilidad y lo es la inculpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de rreprochabilidad 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.

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento, y estas son:

- a) Error esencial de hecho invencible.
- b) Eximientes putativas.
- c) No exigibilidad de otra conducta.
- d) Caso fortuito.

Dentro del error existen diversas clases de error, el cual puede ser de derecho o de hecho y éste a su vez, ser esencial (vencible e invencible) o accidental: aberratio ictus (en el golpe) aberratio in persona (en la persona) y aberratio delicti (en el delito).

Error de derecho, este ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo. No puede decirse que es inculpable quien comete un ilícito por error de derecho, ni puede serlo por ignorar el derecho, pues su desconocimiento no excusa de su cumplimiento. En el error de derecho no existe causa de inculpabilidad.

Ahora describiremos cada una de las causas de inculpabilidad en primer lugar analizaremos el:

Error invencible. Es la falta de concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto.

Ignorancia. Es el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento.

- a) Error de hecho, recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero es un error respecto a los elementos del tipo; en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.
- b) Error esencial, es un error sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo, dentro de esta causa existe a su vez el error esencial vencible y que es cuando subsiste la culpa a pesar del error; y el error esencial invencible que es cuando no hay culpabilidad, este error constituye una causa de inculpabilidad.

Error accidental, se da cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.

- a) *Aberratio ictus*. Es el error en el golpe y de todas formas se contraria la norma.
- b) *Aberratio in persona*. Es el error sobre el pasivo del delito.
- c) *Aberratio in delicti*. Es el error en el delito y se da cuando se produce otro ilícito que no era el querido.

Conclusión: es causa de inculpabilidad, únicamente el error de hecho esencial invencible.

Resulta más exacto, hablar de error de tipo y error de prohibición, en vez de error de hecho y error de derecho.

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 está amparada por una causa justificativa".¹⁰

Eximientes Putativas.

Son los casos en que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho) que está amparado por una circunstancia justificativa.

¹⁰ Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Ed. Porrúa, México 1993, pp. 239-241.

Dentro de estas eximientes putativas se encuentran la:

-Legítima Defensa Putativa. El sujeto cree obrar en legítima defensa por un error esencial invencible de hecho.

-Legítima Defensa Putativa Recíproca. 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 que actúa en legítima defensa putativa.

-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.

-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 un error de la misma naturaleza de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

No Exigibilidad de Otra Conducta.

Cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentescos, etc., de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

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.

e) Causas de Inimputabilidad.

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Existen diversas causas de inimputabilidad como son: *el trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.*

El Trastorno Mental, incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre que 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 que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Desarrollo Intelectual Retardado, es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad sólo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.

Minoría de Edad, se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad para entender y querer. Por lo que el menor no comete delitos sino infracciones a la ley.

Todas estas causas se encuentran contempladas en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

f) Excusas Absolutorias.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de excusa

absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

En el primer caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer un obrar diverso, más se mantiene incólume la calificación delictiva del acto.

Francisco Pavón Vasconcelos en su manual de Derecho Penal Mexicano, expone que, "son la tipicidad y la punibilidad las características distintivas que diferencian la norma penal de otras. A través del precepto se dirige un mandato o una prohibición a los particulares destinatarios de ellas, estatuyéndose deberes de obrar o de abstraerse, cuya exigencia es posible en virtud de la coacción derivada de la sanción integrante de las normas de este tipo. Por esta razón, la norma que pretende imponer una obligación, a través de un mandato o una prohibición, sin ligar a ellos la amenaza de una pena (sanción penal), pierda su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa. No podemos, pues, concebir el delito sin punibilidad".¹¹

¹¹ Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. p 501

La pena, a diferencia de la punibilidad, entendida como forma de reacción que emplea el Estado para reprimir y prevenir la criminalidad, es consecuencia del delito.

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas cuando el delito se integra al concurrir sus elementos constitutivos, que son; la conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. *Esto es norma; sin embargo, en no frecuentes casos se exige, además especiales circunstancias ajenas a la voluntad de autor, que son indispensables para hacer efectiva la punibilidad.*

Se ha reputado también condición objetiva de punibilidad, el requisito de procedibilidad llamado querella.

Ignacio Villalobos expresa que las condiciones objetivas de punibilidad se clasifican en dos grupos: las primeras son condiciones para hacer efectiva la punibilidad ya existente (querella); y las segundas, aquellas que se encuentran formando parte de la descripción objetiva del delito, y por tanto, quedan incluidas en la tipicidad.

Se considera que las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen un ingrediente esencial del delito: las condiciones para hacer efectiva la punibilidad, no se encuentran en forma constante, sino ocasional, y lo que no es constante en el todo, no puede formar parte de su esencia; por otra parte, no se refieren al concepto mismo

del delito, sino que son extrínsecos a él; norman un requisito de procedibilidad. Las condiciones de punibilidad correspondiente al segundo grupo en la clasificación, no conforman un elemento más del delito, sino que se encuentran involucrados en la tipicidad, pues a pesar de que son hechos que yacen fuera del sujeto, forman parte de la descripción típica contenida en la disposición legal.

La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria, esto es que, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre justicia retributiva, suena lógico el decir que el delito es punible, pero esto no justifica que la punibilidad forme parte del delito.

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal mexicana existen varios casos específicos en los que se presenta una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; pero por disposición legal expresa, no es punible.

Existen otros tipos de excusas de absolutorias a parte de las que acabamos de ejemplificar de la cuales nada más enlistaremos:

- a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados;
- b) Excusas en razón de la copropiedad familiar
- c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;
- d) Excusas en razón de la maternidad conciente;
- e) Excusas en razón del interés social preponderante y
- f) Excusas en casos de injurias, difamación y calumnia.

Se les define, diciendo que: son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuricidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor. Las excusas absolutorias reconocidas en el derecho difícilmente encuadran dentro de una sistematización doctrinaria, pues cambian y evolucionan de pueblo en pueblo y aún según los tiempos.

g) Falta de Condiciones Objetivas de Punibilidad

La ausencia de condicionalidad objetiva es el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue. De hecho, viene a ser una especie de atipicidad.

Como comentario final a este gran tema de los elementos del delito, solo restaría destacar la importancia del adecuado manejo de los mismos. Conocer, identificar y distinguir cada uno de los elementos del delito y sus correspondientes aspectos negativos hará posible no



sólo el conocimiento teórico que servirá para reconocer cuándo estamos en presencia de un delito y no confundido con otro, sino también, en la práctica y desde el punto de vista del derecho procesal penal, nos será útil para saber si se presentan los elementos del tipo penal o cuerpo del delito. Se menciona indistintamente "elementos del tipo penal" Y "cuerpo del delito", ya que existe gran indecisión por parte del legislador y constantemente cambia de opinión sobre si debe ser una u otra la expresión adecuada.

Si no opera las condiciones objetivas de punibilidad, es innecesario alegar que no existe falta de condiciones objetivas de punibilidad.

**➤ ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO
EN EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
EN EL ÁMBITO DE EJECUCIÓN DE PENAS.**

CAPITULO II

**ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO EN EL
ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL**

- 2.1 En orden a la conducta y su ausencia
- 2.2 En orden a la antijuridicidad y las causas de licitud
- 2.3 En orden a la tipicidad (tipo), ausencia de tipo y atipicidad
- 2.4 En orden a la imputabilidad y las causas de inimputabilidad
- 2.5 En orden a la culpabilidad y las causas de inculpabilidad
- 2.6 En orden a las condiciones objetivas de punibilidad y la falta de condiciones objetivas de punibilidad
- 2.7 En orden a la punibilidad y excusa absolutoria

CAPITULO II

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1 EN ORDEN A LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

El artículo 303 en su fracción II del Código Penal para el Distrito Federal ordena:

Artículo 303.- Se impondrán de dos a ocho años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa, al Servidor Público que:

I...

II.- Otorgue indebidamente privilegios a los internos;

III...

Empezaremos dejando claro el significado de la figura del *Servidor Público* siendo lo siguiente:

"El artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reputa como servidor público a toda persona que desempeña un empleo, un cargo o una comisión de cualquier

naturaleza dentro de la administración pública Federal o del Distrito Federal, incluso a los representantes de elección popular, a los miembros del poder judicial y a los demás funcionarios y empleados. De acuerdo con ello, el concepto de servidor público es más extenso que los de funcionario y empleado, pues no sólo se refiere a éstos sino también a cualquier persona a la que el Estado le haya conferido un cargo o una comisión de cualquier índole.

Se atribuye la calidad de servidor público a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión a favor del Estado, sujeto a un código de conducta establecido en el artículo 47 de la LFRSP y a las sanciones por el incumplimiento de sus obligaciones que afecten los valores fundamentales que conforman el ejercicio de la función pública".¹²

Ésta figura delictiva en orden a la *conducta* es de *acción*, entendida como el desplazamiento de la conducta positiva del sujeto consistente en otorgar privilegios a los internos, con la advertencia que de la propia descripción de la conducta no se precisa un resultado de carácter material como sería el recibir gabelas, dádivas o contribuciones para gozar del privilegio, lo que da a entender que el resultado sea de carácter formal.

En orden a la conducta éste tipo exige una calidad de sujeto, que podemos llamar privilegiado o exclusivo como es el tener el carácter de Servidor Público. Por lo tanto, que el sujeto activo debe tener ésa

¹² Gabino Eduardo Castrejon García. *Sistema Jurídico Sobre la Responsabilidad de los Servidores Públicos*. p. 121.

calidad específica que para otros penalistas lo estiman como un presupuesto para la integración de ésta figura típica.

Por otra parte surge la inquietud si se puede presentar la otra forma de conducta consistente en la *omisión simple*, en virtud de que al conceder el Servidor Público dentro del Sistema Penitenciario se abstiene de acatar el reglamento correspondiente y sabe además que debe cumplir estrictamente con las disposiciones normativas existentes en los Centros de Prevención y Readaptación Social, y si se ha explicado que la *omisión* es una conducta consistente en que el sujeto no hace lo que la ley o el reglamento le ordena ó también que la norma espera que el sujeto realice.

Por ésa razón llegue a la convicción de que podría presentarse éste tipo tanto de *acción simple* como de *omisión simple*, pero imposible la aparición de la comisión por omisión, o de hecho por la razón de que como ya quedo explicado anteriormente no se exige el resultado material por que el sujeto activo no recibe a cambio del privilegio un beneficio material económico.

En cuanto al *aspecto negativo* de la conducta es indudable que no se presenta ninguna hipótesis como serían una vis mayor, o sea, conceder privilegios a los internos por fuerza de la naturaleza; tampoco una vis absoluta, o sea, una fuerza humana física irresistible; como tampoco el sueño, el sonambulismo, hipnotismo o movimientos reflejos. En conclusión no opera ningún aspecto negativo en la conducta.

2.2 EN ORDEN A LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE LICITUD

El tipo previsto en la fracción II del artículo 303 será antijurídico, desde el momento en que el sujeto activo Servidor Público contraviene las disposiciones normativas del Centro de Prevención y Readaptación Social ó del Sistema Penitenciario vigente en el Distrito Federal y desde el momento en que otorga en forma indebida privilegios a los internos de éstos centros, si hemos dejado asentado que la antijuricidad es lo contrario a la norma, en éste tipo surge la contravención desde el momento en que otorga tales beneficios. Ha quedado asentado en el capítulo anterior que obra antijurídicamente cuando la conducta siendo típica no se encuentra amparada por una causa de justificación o licitud, con éstas ideas es importante dejar asentado que la fracción II del artículo 303 del Código Penal del Distrito Federal no ampara al Servidor Público ninguna causa de licitud es decir no puede invocar que contravino la norma penitenciaria por estado de necesidad, por legítima defensa, por ejercicio de un derecho, por incumplimiento de un deber. Sobre ésta última causa de licitud, podría surgir que el superior jerárquico lo obligara a realizar o conceder beneficios, aún así tampoco lo ampara causa de justificación alguna, máxime que la figura de la obediencia jerárquica ha sido eliminada de la legislación penal.

2.3 EN ORDEN A LA TIPICIDAD (TIPO), AUSENCIA DE TIPO Y ATIPICIDAD

Se ha considerado que el tipo es la creación de las conductas prohibidas hecha por el legislador y en éste caso el tipo cometido en el ámbito de la ejecución penal consiste en: "al Servidor Público que otorgue indebidamente privilegios a los internos" por ser ésta la descripción hecha por el legislador en el ámbito antes señalado. Ahora bien lo importante es determinar cuales son los elementos que integran éste tipo, es decir, que elementos tiene, pues según la doctrina los tipos describen elementos *objetivos*, *subjetivos* y *normativos*.

De la redacción de la conducta descrita en la fracción II del artículo 303 del Código Penal del Distrito Federal, se desprenden los siguientes elementos:

El Elemento Objetivo.- Que se traducen en privilegios a una calidad específica de sujetos como son los internos de los Centros de Reclusión o de los Sistemas Penitenciarios existentes en el Distrito Federal, como la ley penal es enunciativa mas no limitativa, entiendo que los privilegios pueden ir desde una visita hasta beneficios de espacio, de lugar, de tiempo, de recibir bienes etc.

El Elemento Subjetivo.- Que lo ubico en lo indebido cuando el Servidor Público, calidad específica de sujetos sabe y conoce que el

beneficio no esta permitido por las disposiciones normativas y sin embargo a sabiendas de tal prohibición lo realiza.

El Elemento Normativo.- Éste elemento a mi juicio aparece en dos hipótesis, la primera en otorgar que es la valoración jurídica, y la segunda la palabra interno calidad específica de sujeto pasivo y que es un termino de valoración jurídica por así regularlo las disposiciones normativas del derecho penitenciario, no hay ausencia de tipo, ya que por tal hipótesis se entiende la derogación del tipo o no previsto por el legislador.

La tipicidad entendida como la adecuación o encuadramiento de la conducta del sujeto al tipo previsto por la ley, según hemos dejado anteriormente explicado, ésta existe en cuanto a que cumpliendo con el primer requisito, que es la calidad especifica del sujeto activo, recayendo en el Servidor Publico, esto es la persona física que presta sus servicios al Estado en el ámbito del derecho penitenciario, mediante el nombramiento que al efecto se le expira y con la protesta de ley, y mediante un proceso de adecuación típica, debe encuadrar plenamente en el otorgamiento de conceder indebidamente privilegios a los internos, esto es, que si éste tipo tiene los elementos *objetivos, subjetivos y normativos* la conducta del Servidor Público debe encuadrar perfectamente a lo previsto en la fracción II del artículo 303 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Habrá atipicidad en la hipótesis de la Fracción II del artículo 303 cuando la conducta del Servidor Publico no encuadre perfectamente a

las exigencias de la descripción de éste tipo y así puedo especificar las siguientes hipótesis de atipicidad:

- a) Por la falta de calidad del sujeto activo como lo es no ser Servidor Público, es decir que no se adecuará su conducta por la falta de la calidad denominada Servidor Público.

- b) La falta de calidad de sujeto pasivo.- Que en éste caso es la calidad de ser interno, denominación que de acuerdo a las denominaciones penitenciarias son todos aquellos que se encuentran privados de su libertad sujetos a prisión preventiva o sentenciados en cumplimiento de sus penas.

- c) Por la falta de los elementos objetivos, subjetivos o normativos.

2.4 EN ORDEN A LA IMPUTABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

El Servidor Público al que alude el artículo 303 en la fracción II debe ser sujeto de derecho penal, es decir debe ser mayor de dieciocho años en plenitud de sus facultades mentales en el momento en que otorgue los beneficios a los internos, es decir, debe tener la capacidad de entender y de querer en el momento en que desempeña su puesto público y entienda o comprenda lo que hace a favor de los internos, por lo tanto, considero que la imputabilidad es requisito

esencial de el Servidor Publico para responder ante el juicio de reproche que se le formularia por su conducta antijurídica.

En éste tipo pueden aparecer algunas hipótesis de inimputabilidad tales como algún estado de enajenación o alteraciones mentales, es decir que el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta por padecer trastorno mental que sería el único caso puesto que por la naturaleza del Servidor Publico no puede haber menores infractores mucho menos Servidores Públicos con un desarrollo intelectual retardado como lo prevé la fracción VII del artículo 29 del Código Penal.

2.5 EN ORDEN A LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

El tipo de otorgamiento indebido de privilegios a los internos, en orden a la culpabilidad es doloso, toda vez que: "obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trata, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización" (artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal). Consecuentemente el Servidor Público que preste sus servicios en el ámbito del derecho penitenciario, y a sabiendas de que la normatividad prohíbe el conceder privilegios a ésta calidad de sujetos los otorga, en contravención a las disposiciones ya sea de la Ley de Ejecución de Sanciones o de los Reglamentos en el ámbito de la

ejecución de penas, por éste motivo a dicho Servidor Público se le formulara el juicio de reproche al exigírsele una conducta diversa a la concesión de tales beneficios.

Éste tipo no acepta la *culpa*, toda vez que no puede alegar su imprudencia su falta de cuidado, su negligencia en el beneficio otorgado, en otras palabras al Servidor Público al que se refiere éste tipo jamás podrá alegar que otorgo beneficios por negligente o por su falta del deber de cuidado, descartándose totalmente ésta otra forma de *culpabilidad*.

Las *causas de inculpabilidad* en el tipo de otorgar indebidamente beneficios a los internos por parte del Servidor Público a mi juicio no aparecen, esto es, no hay forma de que opere un error de hecho esencial, invencible o insuperable por que todo Servidor Público que preste sus servicios en el ámbito del derecho penitenciario tiene capacitación y pleno conocimiento de las normas que rigen en los Centros Penitenciarios y en ningún momento podrá alegar que ésta frente de un error de hecho invencible e insuperable; tampoco opera el error accidental y en cuanto a la no exigibilidad de otra conducta forzadamente podría existir en verdaderos casos en las que el interno estuviera ante una alteración en su salud que le permitiría concederle ciertos privilegios por tal circunstancia, pero esto sería sujeto a aprobación y previo dictamen pericial ya sea en medicina forense o en la psiquiatría forense; pudiéndose presentar también los casos de las condiciones materiales del establecimiento que daría origen a conceder un beneficio.

2.6 EN ORDEN A LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y LA FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

En la conducta descrita por la fracción II del artículo 303 del Código Penal, no exige condición objetiva de punibilidad entendida ésta como aquella condición necesaria para la integración del tipo como sería la hipótesis de la quiebra fraudulenta que requiere del estado de quiebra como condición para la configuración del tipo doloso de la quiebra fraudulenta. El hecho de que se exija una calidad específica de sujeto activo como lo es el ser Servidor Público, ésta calidad no es una condición objetiva si no presupuesto indispensable para la integración de éste delito. Si el tipo no exige tal condición inútil es hablar de su aspecto negativo o sea, la falta de condición objetiva.

2.7 EN ORDEN A LA PUNIBILIDAD Y EXCUSA ABSOLUTORIA

Se ha entendido que la punibilidad es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social, con tales ideas el tipo del otorgamiento indebido de privilegios a los internos por parte de los Servidores Públicos en el ámbito del derecho penitenciario tiene como punibilidad según redacción del artículo 303 que a la letra dice:

Artículo 303.- se impondrán de dos a ocho años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa, al Servidor Público que:

I...

II.- otorgue indebidamente privilegios a los internos.

III...

La amenaza de la aplicación de la pena en éste tipo comprende en primer lugar la privativa de libertad de una mínima de dos y una máxima de ocho años y en segundo lugar bajo el mismo concepto de pena se comprende a la multa que va de cincuenta a trescientos días multa teniendo como base el salario mínimo, ésta multa se conoce como sanciones pecuniarias atento a lo previsto por la fracción V del artículo 30 del Nuevo Código Penal, sobre éste particular y abundando un poco mas considero que a dicho Servidor Público cuando sea penalmente responsable deberá de ser en sentencia definitiva destituido e inhabilitado del cargo o empleos públicos como lo establece la fracción VIII del numeral antes mencionado que también es considerado como pena.

En conclusión la punibilidad de éste delito comprende la privativa de libertad, la sanción pecuniaria y la destitución o inhabilitación para el cargo o empleo.

En el delito a estudio, no opera la excusa absolutoria, pues del contenido del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no se desprende hipótesis alguna al respecto.

**➤ ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO
EN EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
EN EL ÁMBITO DE EJECUCIÓN DE PENAS.**

CAPITULO III

**EL CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO PREVISTO EN
EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL.**

- 3.1 Concepto de Concurso
- 3.2 Formas de Concurso
- 3.3 El concurso de delitos en el tipo previsto en la fracción II
del artículo 303 del Código Penal

CAPITULO III

EL CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL

3.1 CONCEPTO DE CONCURSO

En ocasiones la violación de varios preceptos penales es consecuencia de una o varias conductas cometidas por el mismo sujeto activo, por lo que en el derecho penal y más específica mente en la teoría del delito, se utiliza este vocablo para indicar que una persona debe responder por varios ilícitos.

Para entrar al estudio del llamado concurso de delitos consideramos importante conocer el significado que esta expresión encierra, auxiliándonos para ello en la exposición que el maestro Gustavo Malo Camacho hace al respecto: "Concurso significa diversidad, pluralidad. Concurrir significa convergencia o intervención de varios... por concurso de delitos se entiende la pluralidad de conductas o resultados delictivos, cometidos por una persona (o varias, en cuyo caso habrá también un concurso de personas)."¹³

¹³ Ob. Cit, p. 507.

El autor J. C. Koch, elaboró las bases de su evolución histórica. Al respecto el jurista Hans Heinrich Jescheck, señala que Koch, partiendo de los dos conceptos fundamentales que se derivan de dicha teoría, los cuales son "la unidad y pluralidad de acciones", divide a los concursos en "*concursum simultaneum, concursus succesivus y concursus continuatus*".¹⁴

El primer concurso que se señala en el párrafo anterior, trata sobre los supuestos de unidad de acción; por lo que respecta a segundo, contiene los supuestos de pluralidad de acciones; y *el concursus continuatus versa sobre la acción continuada*.

La doctrina denomina al concurso de delitos como "*concursum delictuorum*", estableciendo que en ella, se encuentran los supuestos de pluralidad de delitos.

Ahora bien, el catedrático Fernando Castellanos Tena, refiere que "en ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales y que a tal situación se le da el nombre de concurso, ya que en la misma persona concurren varias autorías delictivas".¹⁵

El también catedrático Ignacio Villalobos, da una definición de concurso diferente a las citadas con anterioridad, ya que si bien es cierto, su noción no es muy abundante, también lo es que, trata de

¹⁴ J.C. KOCH. *Institutiones Juris Criminalis*. Citado por Hans Heinrich Jescheck. Ob. Cit. P. 995.

¹⁵ Op. cit, pág. 507.

manera más específica la figura a estudio, pues habla no solo de pluralidad de delitos, sino también de unidad de sujeto pasivo, estableciendo los siguiente: "*Se dice que hay un concurso de delitos cuando la responsabilidad por dos o más de ellos recae sobre un mismo agente que los ha cometido*".¹⁶

Por su parte, el autor Miguel Ángel Cortes Ibarra, concibe al concurso de delito de la misma forma que Castellanos Tena, estableciendo que se da la figura del concurso cuando "*el delincuente reitera la conducta ilícita violando la misma o diversa disposición legal, sin haber sido sancionado por tales delitos; y otras se presenta con una sola acción produciendo varias lesiones jurídicas*".¹⁷

Por último el destacado jurista Francisco Pavón Vasconcelos además de señalar la importancia del estudio del concurso de delitos para la aplicación de la pena, establece de manera significativa las hipótesis que pueden presentarse:

- a) *"Unidad de conducta y de delito;*
- b) *Pluralidad de conductas y unidad de delito (delito continuado);*
- c) *Unidad de conducta y pluralidad de delitos (concurso ideal o formal); y*
- d) *Pluralidad de conductas y de delitos (concurso real o material)"*¹⁸

¹⁶ Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Parte General Ed. Porrúa S.A. México, 1990. Pág. 501.

¹⁷ Cortes, Ibarra Miguel Ángel. *Derecho Penal*. Parte General Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1992. P. 401.

¹⁸ Pavón Vasconcelos Francisco. *Concurso Aparente de Normas*. 58 edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 115.

En conjunto estas observaciones nos permiten, atinadamente, entender las situaciones que conlleva el concurso en materia penal, diferenciando los casos y circunstancias en que éste puede presentarse.

3.2 FORMAS DE CONCURSO

Ahora bien, tomando en consideración las definiciones expuestas por los autores que con antelación se mencionaron, se desprende claramente que las mismas parten de los conceptos fundamentales de la Teoría del Concurso, es decir, de la unidad y pluralidad de la acción, los cuales a su vez pueden traer aparejada la unidad o pluralidad en la lesión jurídica; es por ello que existe una clasificación en los concursos, partiendo desde luego de la división creada por el jurista J. C. Koch. Dicha división corresponde a la que la doctrina contempla para el estudio del concurso de delitos; sin embargo, ésta (la doctrina) le da la siguiente denominación:

- Concurso ideal o formal; y
- Concurso real o material.

Por otro lado, esta clasificación de concursos se encuentra contemplada dentro de nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 28 que forma parte del Libro Primero, Título

Segundo, Capítulo Cuarto "Concurso de Delitos", mismo que a la letra dice:

"Artículo 28.- (Concurso ideal y real de delito). Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.

Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.

No hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado.

Partiendo de lo anterior, a continuación detallaré las características esenciales que cada uno de dichos concursos contemplan y las diferencias que existen entre estos y el delito continuado.

Concurso Ideal.

Ahora bien ya asociados con el tema del concurso de delitos, toca analizar el concurso ideal o formal, el cual se destaca por la unidad de conducta y la pluralidad de resultados.

Múltiples autores, tratan el estudio del concurso ideal a su manera, pero todos coinciden en tomar como punto de partida a la unidad de acción, la cual trae aparejada una pluralidad de resultados:

El autor Cuello Calón así como el jurista Miguel Ángel Cortes Ibarra, refieren que "*hay concurso ideal cuando con una sola acción, se originan varias infracciones de la ley penal*".¹⁹

El distinguido autor Francisco Muñoz Conde dice que "el concurso ideal se presenta cuando con 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".²⁰

"Llamémosle valorización, resultado, infracción o tipo en múltiple concurrencia; lo cierto es que el concurso ideal se caracteriza por la violación de varias normas penales que constituyen una pluralidad de delitos".²¹

Por su parte el Doctor Raúl Carrara, comprende la figura a estudio, como una unidad de acción con pluralidad de resultados; mientras que el profesor Villalobos, lo expone como una sola actuación del agente, con la cual resultan cumplidos varios tipos penales y consecuentemente derivan de éstos, varias lesiones jurídicas ó intereses protegidos.

¹⁹ Cuello Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Barcelona, 1981. P. 702.

²⁰ Refer. Daza Gómez, Carlos. *Teoría General del Delito*. 2a edición, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998, p. 385.

²¹ Pavón Vasconcelos Francisco, Ob. Cit. p. 141.

De tales conceptos básicamente se desprende que el concurso ideal o formal es estrictamente una unidad de acción u omisión cometida por el agente del delito, que causa diversos resultados.

Por último, el concurso *ideal* aparece en nuestra Legislación Penal, dentro del numeral 28 el cual establece que:

"Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos".

Elementos.

La estructura del concurso ideal se conforma por diversos elementos, sin ellos es imposible que exista. Tales componentes resultan ser los siguientes:

- a) Conducta (acción u omisión);
- b) Pluralidad de delitos; y
- e) El carácter compatible entre las normas en concurso.

Ahora bien, como se sabe la conducta es la manifestación de la voluntad y se presenta de dos formas, por medio de acción o como omisión. En el caso del concurso ideal, el elemento conducta puede desarrollarse en cualquiera de estas variantes, lo importante dentro de este componente, es que tal manifestación se desarrolle como unidad,

es decir, que sea un solo acto el que produzca la pluralidad de delitos violados; por tanto, el primer elemento del concurso a estudio debe concretizarse con unidad en la conducta.

Respecto a la pluralidad de delitos, debo destacar que dentro de dicho elemento se deriva una subdivisión del concurso ideal, a saber:

- Concurso ideal homogéneo; y
- Concurso ideal heterogéneo.

En el Concurso Ideal Homogéneo, la conducta infringe al mismo tipo penal, circunstancia que trae aparejada diversas lesiones jurídicas pero de idéntica naturaleza.

"El autor Porte Petit, establece requisitos especiales que contiene la precedente Clasificación, siendo los siguientes:

- a) Una conducta;
- b) Varias lesiones jurídicas iguales; y
- c) Que exista compatibilidad entre las mismas.

Por lo que respecta a la segunda clasificación, el autor Maurach establece que, en el concurso ideal heterogéneo, la sola conducta infringe varios tipos penales.

De la misma forma, el catedrático Porte Petit refiere idénticos requisitos para el concurso de referencia, clasificándolos en:

- a) Una conducta;
- b) Varias lesiones jurídicas distintas; y
- c) Que sean compatibles entre sí".²²

El último componente que forma parte del concurso ideal, es el carácter compatible entre las normas en concurso; este punto se refiere a que los tipos penales que devienen del concurso ideal, sean compatibles entre sí.

Formas de concurso ideal.

El presente tema resulta de vital importancia, toda vez que, en el mismo se desarrollará la aplicación del concurso ideal en casos prácticos, de acuerdo a las formas que establece la doctrina.

En esa tesitura, comenzaré con la clasificación que realiza la doctrina, siendo la siguiente:

El concurso ideal se puede presentar con:

1. *Un Solo Acto, un Solo Resultado y Varias Violaciones Jurídicas.*
En este primer supuesto uno de los múltiples casos que podrían

²² Refer. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit, pp. 577 y 578

presentarse es el siguiente: al que realice cópula (introducción del pene en el cuerpo de la pasivo, por vía vaginal, anal o bucal) a través de la violencia, contra hermana o descendiente.

En el ejemplo citado, realizando una valoración objetiva de la conducta, se observa que de la manifestación de un solo acto y un mismo resultado se derivan dos violaciones jurídicas, mismas que son el incesto y la violación, afectándose así diversos intereses tutelados por el Derecho Penal.

2. *Un Mismo Acto y Varios Resultados Heterogéneos, Que son Objeto de Distinta Valoración Jurídica.* Este segundo supuesto a diferencia del primer caso, presenta una pluralidad de resultados diferentes entre sí, los cuales se contemplan en diversas disposiciones legales. Uno de los ejemplos que podrían presentarse en dicha clasificación sería el disparo dirigido a una persona, el cual a su vez, causa un daño en propiedad ajena.

3. *Un Mismo Acto y Varios Resultados Homogéneos.* En este supuesto se había de un solo fin criminoso proyectado a través de una sola acción, que desemboca en múltiples resultados de la misma naturaleza; ejemplo de ello sería el hecho de que con un solo disparo se ocasione la muerte a varias personas.

En el ejemplo antes citado, resulta importante señalar la teoría adoptada por el maestro Cuello Calón, quien manifiesta que *"para la*

existencia del concurso ideal es precisa la unidad de fin; si el agente proponiéndose diversos fines criminosos, ejecuta una sola acción de la que provienen varias infracciones penales distintas, no puede hablarse de concurso ideal, sino de concurso real".

Tomando en consideración la teoría citada, podemos concluir que quien voluntariamente mata a dos personas con un solo disparo, no comete un solo homicidio sino dos, por lo que no debe tratarse con las reglas del concurso ideal; y que estaríamos en presencia de un concurso real si el disparo dirigido contra una sola persona, mata a ésta y además ocasiona la muerte de un tercero, sin que dicha situación (la última), la hubiese maquinado el sujeto activo. Ejemplo: un sujeto (activo del delito) dispara hacia la víctima, provocándole no solo la muerte a dicha persona, sino además lesiona a otra, pues la bala impactada en la cabeza de primer pasivo, salió por la parte posterior de su cráneo, alojándose en el tórax de otra persona que venía pasando por el lugar.

4. *Varios Actos Conectados Entre Sí en Relación De Medio a Fin.*
A este supuesto se le conoce como delitos adherentes o conexos, y son aquellos realizados como medio para la ejecución de otros delitos.

Es importante señalar que, dentro de ésta forma de concurso ideal se presentan varias diferencias. La mayoría de los autores lo consideran como un supuesto de concurso real, ya que se trata de diversos actos. Se dice que dichos actos quedan unificados en la

conciencia del agente del delito, en razón del vínculo que los une. Ejemplo: José, el funcionario de correos que abre una carta para sustraer los valores contenidos en ella.

Respecto a esta última forma de concurso ideal, debe decirse que nuestra legislación no lo contempla propiamente como un concurso, toda vez que el Código Penal Federal se refiere a las calidades específicas de manera particular, ya sea considerándolo como calificativa, imponiendo penalidades más graves que las establecidas para el tipo penal básico, o bien, contempla dentro de un Título especial, algunos delitos cometidos por servidores públicos, aplicando penas determinadas.

En carácter de dato complementario, quiero resaltar que en el concurso ideal, como solo existe una conducta (acción) de la que derivan dos o más resultados, su forma de realización será la que definirá que tipo de delito es, doloso o culposo.

Por ejemplo:

° Daniel "N" tiene la plena intención de privar de la vida a Juan Pérez, por lo que pone una bomba en el motor del vehículo del pasivo. Posteriormente Juan Pérez se dirige en compañía de uno de sus amigos de trabajo, a su vehículo y encontrándose a bordo del mismo, al momento de encender el automotor, éste explota, provocándose así, la muerte de sus tripulantes.

En este ejemplo, se observa que el cese de la vida de Juan Pérez, representa el objetivo pretendido por el activo del delito por la realización de su conducta, la cual evidentemente es dolosa; sin embargo, la privación de la vida de Orlando "N"; amigo del Sr. Pérez, fue un resultado que no se encontraba dentro sus planes. Ahora bien, al respecto debe resaltarse que no estamos en presencia de la figura jurídica de la culpa, solo se trata de un caso de *"dolo eventual"*.²³

Por lo que los homicidios derivados de su acción son dolosos, porque la conducta fue dolosa.

° Otro ejemplo sería el caso de un sujeto que maneja su automotor en estado de ebriedad, por lo que no conserva la velocidad que marcan los señalamientos de la arteria vial, lo que provoca que se impacte con otro vehículo, ocasionando la muerte de uno de los pasajeros, así como diversos daños en el vehículo de los pasivos.

En este caso, la conducta desplegada fue de carácter culposo, pues no previó el deber de cuidado que como conductor de vehículo automotor debía prever y de dicha circunstancia derivaron los resultados referidos.

²³ Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México, 1981. P. 241.

Es así como la doctrina clasifica los supuestos en los que se presenta el concurso ideal de delitos, encontrándose inmersa la división de concurso ideal homogéneo y heterogéneo.

Reglas Específicas De Punibilidad.

Si bien he tratado al concurso ideal como unidad de conducta, debo resaltar que su forma de realización nada tiene que ver con la aplicación de sanciones que le corresponde, es decir, su punibilidad varía respecto a su forma de concepción, toda vez que, se individualiza tomando en consideración todos los resultados jurídicos que derivó, lo anterior a través de la acumulación de penas, pero con reglas especiales.

El Concurso Ideal posee sus propias reglas de punibilidad, mismas que se contemplan dentro del Artículo 79 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece que:

“Artículo 79.- (Aplicación de la sanción en el caso de concurso de delitos). En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza

podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código."

En efecto, la Ley Sustantiva de la Materia, establece una pena "base", la cual corresponde al delito de mayor penalidad, misma que el Juzgador puede aumentar en dos disyuntivas, siendo las siguientes:

- Cuando las sanciones son de la misma naturaleza, se puede aumentar pero sin rebasar la mitad del máximo de duración de las penas correspondientes de los delitos restantes.
- *Cuando las sanciones son de diversa naturaleza, podrán imponerse las penas correspondientes a los delitos restantes.*

Respecto a éste método de individualización, Carrara refiere que *"los varios resultados dañosos, justifican la acumulación de sanciones sobre la base del delito mayor".*²⁴

Ahora bien, el margen de aumento en la pena, varía de acuerdo al grado de culpabilidad en que ubica el A quo al enjuiciado, mismo que se rige por las reglas de aplicación de las sanciones que contempla la legislación penal sustantiva, dentro de las cuales se encuentran las circunstancias personales del procesado, antecedentes

²⁴ Carrara y Trujillo. *Derecho Penal Mexicano*. P. 696.

penales, magnitud del daño causado, etc.

Para concluir, quiero tratar brevemente los casos especiales de concurso ideal, me refiero a los supuestos en donde la unidad de conducta es de carácter imprudente por la violación a un deber de cuidado; un ejemplo de ello sería el caso particular de un sujeto, que manejando en estado de ebriedad, atropella a una persona y ocasiona daños a la propiedad.

Para estos supuestos, los Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito, ha establecido el criterio de que cuando con una sola conducta se violan varias disposiciones penales y tal conducta fue cometida en forma culposa, el Juzgador al momento de individualizar debe atender a las sanciones que señalan los delitos culposos. La Tesis de Jurisprudencia es la siguiente:

Novena Época

*Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN
MATERIA PENAL
DEL PRIMER CIRCUITO.*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su
Gaceta*

Tomo: VIII, Octubre de 1998

Tesis: 14o.P.17 P

Página: 1132

**DELITOS CULPOSOS. IMPROCEDENCIA DE
ACUMULACION DE PENAS POR CONCURSO IDEAL
EN LOS.** De una adecuada interpretación del artículo 60
del Código Penal vigente en el Distrito Federal en

materia del fuero común y en toda la República en la del fuero federal, reformado por el artículo 10. del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, que inició su vigencia el primero de febrero siguiente, concluye que en los delitos cometidos por culpa no existe la posibilidad de acumulación de sanciones; lo que se pune es el comportamiento culposo que produce uno o varios resultados, pero sin que ello implique que éstos puedan sancionarse en base a un concurso ideal; la pena aplicable debe ser única y no la que resulte de lo dispuesto por el artículo 64 del ordenamiento citado; estimar lo contrario implicaría sancionar una sola conducta en atención a su resultado.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 876/98. Alfonso Maldonado Ortega. 22 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, mayo de 1999, página 33, tesis por contradicción 1a/J. 30/99 de rubro "ACUMULACION DE PENAS EN LOS DELITOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, REFORMADO".

Así también se encuentra la Tesis Aislada:

Octava Época

*Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN
MATERIA PENAL*

DEL PRIMER CIRCUITO.

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XI,
Febrero de 1993*

Página: 265

***IMPRUDENCIA, DELITOS COMETIDOS POR.
CONCURSO IDEAL. NO SE DIVIDE LA CONTINENCIA***

DE LA CAUSA. Si con motivo de una colisión de tránsito de vehículos, provocada por la conducta imprudente del acusado, se causaron homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena; *deben estudiarse integralmente dichos resultados a efecto de no dividir la continencia de la causa*, en razón de que el artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal, que también rige en toda la República para delitos de carácter federal, establece una sola sanción para los responsables de delitos cometidos en forma culposa, pues no se trata de ilícitos independientes o autónomos con mayor o menor conexidad entre sí, sino de una misma conducta con pluralidad de resultados típicos, fuertemente ligados entre sí formando una unidad o un todo que no puede separarse, por haberse cometido en un mismo acto o momento de la acción criminal, y al no advertirlo así la autoridad responsable contraviene los principios básicos

que estructuran el procedimiento penal.

*SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA
PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.*

Amparo directo 1380/92. Lorenzo Hernández Toral. 30 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 1708/90. Felipe Fuentes Soto. 30 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretario: Javier Carreño Caballero.

En esa tesitura, los delitos cometidos por medio de una acción culposa, no pueden punirse con las reglas especiales para el concurso ideal, deben atenderse de acuerdo a lo que la legislación penal contempla en el apartado de delitos culposos.

Concurso Real.

El concurso real, también conocido como concurso material, puede considerarse que constituye el verdadero "concurso delictorum", toda vez que, se presenta cuando el sujeto activo realiza varios actos encaminados a fines distintos, que derivan en múltiples infracciones jurídicas independientes unas de otras.

El jurista Pavón Vasconcelos considera que: "Existe concurso real de delitos cuando una misma persona realiza dos o más

conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita".²⁵

En palabras del maestro Villalobos, *"el concurso real existe, siempre que un mismo sujeto cometa dos a más delitos, integrados cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos del acto humano, antijuricidad tipificada y culpabilidad"*, clasificándolos en heterogéneos y homogéneos sin que importe su separación en el tiempo, con el solo requisito de que no haya prescrito ni haya sido juzgado".²⁶

Por su parte el autor Cortes Ibarra, establece que se presenta dicha figura *"cuando el sujeto realiza pluralidad de conductas independientes entre sí, integrando cada una de ellas un hecho delictivo, sin que al agente por las mismas, le haya recaído sentencia ejecutoriada"*.²⁷

Así también el catedrático Castellanos Tena, refiere al concurso en cuestión como pluralidad de acciones y de resultados, en los cuales

²⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. p. 574.

²⁶ Villalobos Ignacio. México, 1990. Ob. Cit. P. 501.

²⁷ Cortes, Ibarra Miguel Ángel. Ob. Cit. P. 401.

"un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos".²⁸

El autor Muñoz Conde, comenta que en el concurso *real* *"concurrentes varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo".²⁹*

Como se observa, el concurso real o "concurso delictorum", tiene lugar cuando el agente del delito (sujeto activo) realiza varias acciones (acción u omisión) independientes entre sí, que ocasionan múltiples resultados o infracciones penales; siempre y cuando los delitos en cuestión no hayan sido ya resueltos, a través de una resolución judicial ejecutoriada.

Elementos.

Los elementos del concurso real son aquellos componentes que integran su estructura, partes sin las cuales no podría existir la figura en cuestión. Se derivan de los conceptos citados en el apartado anterior, siendo los siguientes:

1. Pluralidad de conductas (acciones u omisiones);
2. Pluralidad de resultados; e

²⁸ Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México, 1999. P. 310.

²⁹ Muñoz. Conde Francisco. *Teoría general del Delito*. Ed. Temis. Bogotá Colombia 1990. P. 224.

3. Inexistencia de sentencia ejecutoriada respecto de los delitos en concurso.

Por lo que respecta al primero de los elementos señalados, la pluralidad de acciones, tal y como lo he referido, puede desarrollarse ya sea a través de acciones o por medio de omisiones.

La pluralidad de resultados se presentarse de forma homogénea o heterogénea, posteriormente abundaré más sobre esta división.

Por último, el tercero de los requisitos que conforman al concurso real, relativo a la inexistencia de una sentencia ejecutoriada respecto de los delitos integrantes de la figura jurídica, debo decir que; no es contemplado como tal por nuestro Nuevo Código de la Materia. Dicha problemática es tratada por el autor Francisco Pavón Vasconcelos, quien refiere que el artículo 18 del Código Penal del Distrito Federal (recordemos que el citado autor se refiere al anterior Código Sustantivo de la Materia, por lo cual hay que ubicar el mismo contenido pero en el actual numeral, siendo éste el artículo 28 del ordenamiento legal vigente) no introduce cuestiones de tipo eminentemente procesal y que constituyen condición necesaria para la aplicación de la regla punitiva correspondiente.

Además de los elementos que con antelación se mencionaron y, tomando en consideración la concepción hecha por el maestro Pavón Vasconcelos, Eduardo López Betancourt destaca otros elementos del concurso real siendo los siguientes:

1. Que exista identidad en el sujeto activo;
2. Que no exista sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso;
3. Que la acción penal no se encuentre prescrita.

Clasificación de los Delitos en Atención al Concurso Real.

Tal y como lo he señalado en líneas que anteceden, el profesor Ignacio Villalobos trata dentro de su obra "Derecho Penal Mexicano", la clasificación de los delitos que conforman al concurso real. Dicho autor, menciona dos clasificaciones, a saber:

1. Heterogéneos.
2. Homogéneos.

Bajo ese orden, se realizará el estudio respectivo del presente punto.

Heterogéneos.

Como consideración previa, se dará el concepto general de la palabra "Heterogéneo" . Según el Nuevo Diccionario Enciclopédico Ilustrado, "Heterogéneo" significa "*compuesto de partes de diferente naturaleza*".³⁰

³⁰ Nuevo Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Pág. 576 Y 587.

El autor Heinrich Jescheck refiere que, existe concurso real heterogéneo cuando se dan cita distintos tipos de delitos.

Como se observa, la presente clasificación del concurso real, recae específicamente en las conductas jurídicas (contempladas en los tipos penales del Nuevo Código Sustantivo en comento) llevadas a cabo por el agente del delito, mismas que en su conjunto dan origen a la figura del concurso real. Dichas conductas cuando devienen de distintos tipos penales, forman la modalidad del concurso real heterogéneo, pues violan conductas diferentes entre sí, es decir, no poseen las mismas características en sus elementos; sin embargo, las mismas en su conjunto, conforman la pluralidad de acciones que requiere el concurso real para su existencia.

A mi parecer, esta diversidad de conductas ilícitas, traen aparejadas la siguiente observación:

- Con la violación de conductas contempladas en diversos tipos penales, podemos encontramos en las siguientes disyuntivas:
 1. Que se violen diversos tipos penales pero de idéntica naturaleza y como consecuencia, derive unidad de resultado y bien jurídico.

Para ejemplificar este punto, se me ocurre pensar en el sujeto que viola a tres mujeres con capacidad de goce y ejercicio, a través de la violencia física. A la primera le introduce vía vaginal, un objeto

distinto al miembro viril; mientras que la segunda sufre cópula pero de manera anal; y a la tercera le impone cópula vía bucal.

Ahora bien, claramente se desprende que los delitos cometidos por el sujeto activo son de idéntica naturaleza, ya que son delitos sexuales, como consecuencia el bien jurídico protegido que los tipos penales protegen, en el presente caso a estudio, lo es la libertad sexual; sin embargo, cabe hacer la aclaración que aún y cuando se trata del delito de violación, lo cierto es que, cada una de dichas violaciones se encuentran contempladas en diferentes preceptos legales o incluso en el mismo precepto (violación anal y bucal), pero desarrollado con otra hipótesis; por tanto no estamos empleando identidad en todos y cada uno de los elementos que conforman los tipos penales en comento.

2. Que se violen diversos tipos penales de diferente naturaleza, provocando diversidad en el resultado y bien jurídico tutelado.

Aquí se presentaría el caso del activo del delito que roba, viola y mata. Comete conductas diversas, que traen aparejados diversidad de resultados jurídicos y violaciones a bienes jurídicos protegidos en distintos dispositivos legales.

De lo anteriormente expuesto, me resta decir que dentro de la complejidad del concurso real heterogéneo, se presentan elementos importantes que lo definen de mejor forma, tales como la naturaleza

del bien jurídico protegido y el resultado que se ocasiona con la conducta cometida.

Homogéneos.

El Nuevo Diccionario Enciclopédico Ilustrado refiere que la palabra "Homogéneo", significa *"perteneciente a mismo género. Dícese del compuesto cuyos elementos son de igual naturaleza o condición"*.³¹

El autor Jescheck establece que, existe concurso real homogéneo, cuando el autor ha cometido varias veces el mismo hecho punible.

Ahora bien, la presente clasificación la ejemplifico de la siguiente manera: cuando un activo del delito se apodera sin derecho y sin consentimiento, de cosas ajenas muebles, propiedad de diversos pasivos, (tres sujetos se suben a robar el microbus y a cada uno de los pasajeros los desapoderan de sus pertenencias). En este caso se trata de diversos sujetos pasivos, pero que sufren la misma conducta (contemplada en el mismo precepto legal) y como consecuencia se viola en su perjuicio el bien jurídico protegido "patrimonio".

Dentro de la clasificación de concursos reales homogéneos, considero existen los siguientes elementos, a saber:

³¹ Idem.

- Pluralidad de conductas ilícitas de idéntica naturaleza,
- Unidad de bien jurídico violado; y
- Pluralidad de resultados pero de idéntica naturaleza.

En esa tesitura, concluyo que el concurso real homogéneo, es aquel que presenta violación de conductas típicas, de idéntica descripción legal.

Características.

Este punto tiene relación con el nombrado "Elementos", toda vez que de los mismos derivan las características especiales del concurso real.

Efectivamente, el concurso en cuestión se diferencia del concurso ideal, toda vez que, aún y cuando ambos presentan pluralidad de resultados y lesiones jurídicas, lo cierto es que, la conducta de la que devienen, varía sustancialmente, pues mientras en el concurso ideal se presenta como unidad, es decir, solo se presenta una conducta (acción), en el concurso real de delitos, tal elemento se surge de manera plural, ya que son múltiples las conductas desplegadas por el activo del delito.

Por otro lado, el propósito delictivo del activo del delito, presenta un papel importante, toda vez que, mientras en el concurso real existen varios propósitos criminales, dentro del concurso ideal existe

uno solo y si bien de éste último derivan múltiples resultados, lo anterior es así por su naturaleza.

Tales características son las que originan la división de concursos, pues cada figura, aún cuando presenta similitud en la pluralidad de resultados, posee elementos diversos.

Formas de Concurso Real.

Para diversos autores se presentan las siguientes formas de concurso real:

1. Cuando el agente del delito realiza diversos actos totalmente distintos que ocasionan diversos resultados valorados penalmente también en forma diversa. Ejemplo de ello sería cuando un sujeto con la intención de vengarse de su enemigo, dispara contra éste hiriéndolo y además daña su automóvil, es decir, le causa lesiones a su enemigo y causa también un daño en propiedad ajena.
2. Cuando el agente del delito realiza un solo acto que ocasiona diversos resultados que responden a diversos fines criminosos. El agente tiene la intención de matar a dos personas y con un solo disparo da muerte a ambos.

3. Cuando el agente realiza delitos conexos o adherentes, ya que uno de los supuestos de la conexidad, delito medio indispensable para realizar otro, es considerado por las legislaciones como un supuesto de concurso ideal. En cambio otro supuesto de conexidad se refieren a cometer un delito para procurarse la impunidad de otro, el cual no es tan aceptado por la doctrina dominante por lo que se cataloga como concurso real.

De las anteriores clasificaciones, solo resta decir que, las formas de concurso real tienen relación directa con la homogeneidad o heterogeneidad de delitos que conforman el concurso real, tema que se ha expuesto en el apartado que antecede; así como con el propósito delictivo que el sujeto activo presenta.

Principios de Punibilidad.

La punición del concurso real de delitos es tratada por nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, a través de tres sistemas represivos, siendo los siguientes:

1. Sistema de Acumulación Material de Penas.- Al respecto el autor Pavón Vasconcelos refiere que *"...éste sistema se hace consistir en la aplicación de todas las penas que correspondan a cada*

delito cometido, las cuales habrán de ser aplicadas sucesivamente una tras otra...”.³²

En el presente sistema represivo, lo que el Juzgador impone es la aplicación en conjunto de todas las penas que le correspondan al sujeto activo, es decir, se suman las penas correspondientes a cada uno de los delitos.

2. Sistema de Absorción de Penas.- En esta modalidad se aplica la pena que corresponda al delito más grave, considerando a los demás delitos, como "circunstancias agravantes".

Respecto a la absorción de penas, el autor Sebastián Soler refiere que, dicho sistema resulta insuficiente "*...pues no permite que se exceda el límite máximo de la escala penal del delito más grave, con lo cual se puede dejar prácticamente en la impunidad una serie de hechos... ”.*³³

Aquí aplica la imposición de la pena del delito mas grave.

3. Sistema de Acumulación Jurídica.- En este sistema se aplica la siguiente metodología: se suman las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, pero autorizando una proporcional

³² Pavón, Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. México, 1990. P. 531.

³³ Soler Sebastián. *Derecho Penal. Parte General Tomo II* Ed. Tipografía Editora Argentina Buenos Aires, 1973. P. 363.

reducción de las mismas y fijando un límite máximo que no puede rebasar el A quo.

A este sistema, el autor Soler lo considera como una variante del sistema pena única progresiva, la cual consiste en la concurrencia de delitos pero sin acumulación.

El Código Penal para el Distrito Federal, ha manejado desde 1931 los tres sistemas expuestos con antelación. Actualmente se contempla dentro del Libro Primero, Título Cuarto denominado "Aplicación de penas y medidas de seguridad", Capítulo IV "Punibilidad en el caso de concurso de delitos y delito continuado", Artículo 79, párrafo segundo, que:

"Artículo 79.- En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor (absorción), la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes (material), sin que exceda del máximo (jurídica) señalado en el artículo 33 de éste Código".

Artículo 33.- (concepto y duración de la prisión). La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años...

Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de cincuenta años.

En el presente caso, la ley permite la aplicación de la pena correspondiente al delito mayor, pero faculta al Juzgador para aumentarla en atención a los delitos restantes, sin que ésta exceda el máximo que el Código establece en el dispositivo legal en mención (50 años).

Como complemento a las anteriores consideraciones, refiero la siguiente Jurisprudencia:

Octava Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tomo: 68, Agosto de 1993

Tesis: X. 10. J/10

Página: 87

CONCURSO REAL DE DELITOS, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. *La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia 82, visible en la página 134, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1988, Segunda Parte, Salas y Tesis Comunes, sustenta el siguiente criterio:*

"ACUMULACION (CONCURSO REAL), INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. En los casos de acumulación (concurso real), de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal del Distrito Federal, es cierto que puede el juez imponer únicamente pena por el delito de mayor entidad, pero se trata de una facultad potestativa y el juez puede imponer otras sanciones, por los demás delitos cometidos, por estimar que la peligrosidad del sentenciado así lo amerita". De acuerdo con lo anterior, el juez tiene la facultad potestativa de imponer a la acusada únicamente la pena correspondiente al delito mayor, y también tiene esa facultad para aumentar la pena impuesta por dicho ilícito, hasta la suma de las sanciones que corresponderían a la acusada por los demás delitos; pero en este caso no se trata de la imposición independiente de penas, sino de un aumento de la impuesta por el ilícito de mayor entidad, que debe hacer el juzgador en uso de su arbitrio judicial, y en el caso de que decida aumentar la suma de las que corresponderían a la activa por la comisión de los demás delitos, debe razonar los motivos de ese aumento máximo de la pena, lo cual únicamente procede cuando la peligrosidad de la acusada así lo amerita de acuerdo con el criterio citado. Además, para determinar la pena que correspondería por la comisión de los demás delitos, debe hacerse la individualización correspondiente a cada uno de ellos, en virtud de que la acusada puede revelar distintos grados de peligrosidad en los diferentes ilícitos cometidos, y con base en las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, deben precisarse las razones que se tengan para ubicar la peligrosidad en un grado determinado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO

Amparo directo 976/91. Rosario León Cupil. 31 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Leonardo Rodríguez Bastar. Secretario: José Rivera Hernández.

Amparo directo 158/90. Pedro Shequem Guillermo y otro. 10 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretaria: Nora María Ramírez Pérez.

Amparo directo 477/92. Armando Rosique López. 26 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Vargas Ruiz. Secretario: Rafael García Magaña.

Amparo directo 949/92. Manasés Leyva Alvarado. 27 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Faustino Cervantes León. Secretario: Rubén Alberto Rodríguez Mosqueda.

Amparo directo 437/92. Natividad Manuel Soberano Pérez. 10. de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Faustino Cervantes León. Secretario: Rubén Alberto Rodríguez Mosqueda.

Ahora bien, por último queda hacer mención que dentro de nuestra legislación penal en su artículo 28 podemos encontrar que hace referencia a que *no existirá concurso de delitos cuando las conductas constituyan un delito continuado*. Debiéndose entender como delito continuado según lo define el artículo 17 del Código Represor en el Distrito Federal es:

Artículo 17.- (delito instantáneo, continuo y continuado)

El delito, atendiendo a su momento de consumación puede ser:

I...

II...

III.- Cuando con unidad de propósito delictivo pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo se concretan los elementos de un mismo tipo penal.

Los elementos necesarios para que se pueda apreciar el delito continuado son:

1. Existencia de un plan preconcebido, o voluntad de aprovechar diversas ocasiones análogas en naturaleza.
2. Pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios sujetos pasivos y que realiza el mismo (o los mismos) sujeto activo.
3. Infracción del mismo o semejantes preceptos penales.
4. que las distintas acciones no atenten a bienes jurídicos eminentemente personales.

Siendo que una de las figuras que se analiza dentro de la problemática del concurso de delitos es la del delito continuado.

Aquí se destaca el hecho de que el sustento de este tipo de delitos estriba en el tiempo en que se consuma el delito.

Para el tratadista Octavio Orellana Wiarco "el delito continuado consiste en considerar la existencia de un solo delito, cuando técnica y jurídicamente se presentan varios delitos".³⁴

El mismo autor desglosa los elementos del delito continuado, ubicando además el carácter objetivo o subjetivo que cada uno de ellos tiene en los términos que a continuación se citan:

- a) "Varias conductas (subjetivo);
- b) Varios resultados (objetivo);
- c) Unidad de propósito (subjetivo);
- d) Unidad de sujeto pasivo (objetivo), y
- e) Violación del mismo precepto legal (objetivo)".³⁵

Refiere Maggiore, que "en el delito continuado hay pluralidad de acciones y de violaciones, cada una de las cuales tiene todas las características de un delito perfecto, y sería un delito distinto, si la ley no la ligase a otras con el vínculo de la intención común".³⁶

Hans-Heinrich Jescheck establece que "el delito continuado se agota cuando una misma persona es responsable de varios hechos

³⁴ Orellana Wiarco Octavio Ob. Cit., p. 398

³⁵ *Idem.* P. 399.

³⁶ Refer. López Betancourt, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. 7º Edición. Ed. Porrúa, México, 2001, p. 186.

que realizan el mismo tipo de delito y cuya determinación y tratamiento procesales individualizados carecen de sentido y resultan imposibles".³⁷

El mismo autor afirma que para que se presente el delito continuado, son necesarios: "la homogeneidad de la forma de comisión, el mismo bien jurídico y la unidad de dolo".³⁸

Estas posturas revelan características importantes del delito continuado como son que cada una de las conductas desplegadas por el activo reúnen las características de la figura de delito, conformando un solo delito por existir en ellas la intención de violar una misma disposición legal; se señala también lo engorroso que sería dar tratamiento individual a cada uno de los actos realizados por un mismo agente con la finalidad de lesionar un mismo bien jurídico, en agravio de idéntico sujeto pasivo.

Esta figura se distingue por que existen varias conductas similares desplegadas por el mismo sujeto activo, pero sobre todo por la unidad de propósito delictivo que lo mueve a realizarlas, es decir que en conjunto estas conductas buscan un resultado único, el ejemplo más común es el del empleado que hoy se lleva una botella, mañana otra y así sucesivamente hasta reunir el contenido de una

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

caja; como vemos aunque hay multiplicidad de conductas, todas ellas van encaminadas a apoderarse de una caja completa.

Punibilidad del Delito Continuado

La sanción que se pudiere aplicar respecto al delito continuado lo tenemos contemplado en el artículo 80 del Código Penal del Distrito Federal el cual refiere:

Artículo 80.- en caso de delito continuado, se aumentaran en una mitad las penas que la ley prevea para el delito cometido.

Hay que tener presente que la determinación de que un delito es instantáneo, permanente o continuado, tiene relevancia para los efectos de la distinción con el concurso.

Diferencia entre los Concursos de Delitos y el Delito Continuado.

Antes de especificar la diferencia que radica entre estas modalidades del delito, quisiera establecer aquella que se presenta dentro de las dos clases de concurso de delitos, es decir, entre el concurso ideal y concurso real.

El maestro Porte Petit menciona la importancia de la conducta dentro de los concursos de delitos, toda vez que, dicho elemento diferencia a los concursos entre sí.

Refiere que la conducta dentro del concurso ideal, se despliega de manera única (como unidad), mientras que en el concurso real se presentan varias conductas, es decir, en pluralidad y dicha conducta sea plural o en unidad, traerá aparejada dentro del concurso, ya sea ideal o real, diversas lesiones jurídicas o delitos.

En efecto, la conducta jurídica es el punto de partida para la distinción de concursos.

Ahora bien, respecto a las diferencias que separan al delito continuado del concurso real y el ideal de delitos, también destaca la conducta, pues tal y como lo establece el catedrático Pavón Vasconcelos, tanto en el concurso real de delitos, como en el delito continuado, se presenta la conducta pero de manera plural (pluralidad de conductas); sin embargo, *"ésta se va a diferenciar en cada caso, toda vez que, por lo que respecta al delito continuado, la conducta debe surgir con unidad de propósito delictivo, mejor conocido como propósito criminal, y dentro del concurso real se presentan diversos propósitos delictivos"*.³⁹

³⁹ Pavón Vasconcelos Francisco. México, 1995. Ob. Cit. P. 563.

Por lo que hace al concurso ideal, refiere que mientras en éste *"se exige una pluralidad de acciones"*, en el delito continuado *"se precisa una conducta singular"*; establece también que, mientras *"en el concurso ideal normalmente se da una concurrencia efectiva de normas compatibles entre sí, en el delito continuado existe violación reiterada de un mismo precepto penal"*.⁴⁰

De todo lo anteriormente expuesto, por lo que se refiere a este capítulo, puedo establecer que las figuras de concurso de delitos y delito continuado, poseen características similares, tales como pluralidad de conductas (concurso real y delito continuado), unidad de propósito delictivo (concurso ideal y delito continuado), pluralidad de resultados (concursos de delitos); sin embargo, dentro de éstas similitudes, se presentan diferencias, ya sean subjetivas u objetivas, como por ejemplo dentro de la pluralidad de conductas del concurso real y del delito continuado, el factor que las diferencia es la intención o propósito delictivo del activo, circunstancia que ya fue expuesta en los apartados que anteceden.

Aunado a lo anterior, estas modalidades del delito, notoriamente presentan diferentes sanciones entre sí, al igual que reglas específicas para su aplicación.

⁴⁰ Idem

Es por ello que, ante la presencia de diversos delitos, debemos poner especial atención, para que tomando en consideración las características que poseen las modalidades a estudio, podamos establecer con precisión y certeza jurídica si estamos en presencia de un concurso de delitos o delito continuado.

3.3 CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 303 DEL CÓDIGO PENAL.

Una vez tratado en la doctrina y en el Código Penal vigente del Distrito Federal el concurso de delitos, corresponde ahora aplicar ésta figura en el tipo previsto en la Fracción II del artículo 303 del Código Penal para el Distrito Federal.

Concurso Ideal ó Formal, relacionando el artículo 28 con la fracción II del artículo 303 del Código punitivo vigente, considero que la conducta de otorgar indebidamente privilegios a los internos, puede concursar desde el punto de vista ideal ó formal, es decir, con una sola conducta tener varios resultados delictivos, puede concursar con los siguientes tipos penales: con la Evasión de Presos previsto en los artículos 304, 305 del mencionado ordenamiento penal, explicando que, si el conceder indebidamente privilegios en el sentido de permitirle estar en determinadas áreas del establecimiento preventivo de readaptación social o penitenciario puede dar lugar a que se evada,

y de ésta manera propicie con el beneficio o privilegios la aparición de éste tipo igualmente estimo que puede concursar desde el punto de vista ideal o formal con el cohecho, previsto en el artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal, primero por que tiene la calidad de Servidor Publico, segundo por que la razón de que los privilegios que se da a los internos o sea a los que se encuentran privados de su libertad pueden recibir dinero dádivas o aceptar promesas ya sea en bienes y aun en juego la relación amorosa de alguna persona. También podría con el ejercicio indebido del Servidor publico a que se refiere el articulo 259 fracción IV del Código Penal citado. El Enriquecimiento Ilícito es otro de los tipos penales que se pueden aparecer y se encuentra previsto en el articulo 275 de dicho Código sustantivo.

Concurso Real o Material, desde el punto de vista del concurso real el tipo a estudio previsto en la fracción II del artículo 303 del Código Penal para el Distrito Federal, considero que puede concursar con todos los tipos penales previstos en el Código Penal citado así como con los que tipifica el Código Penal Federal, para tal efecto se tendrá que fundamentarlo en los artículos 28, la fracción II del artículo 303, con otros tipos. Para mayor ilustración sugiero los siguientes ejemplos: el Servidor Publico pudo haber cometido antes de tener éste carácter o fuera del servicio Homicidio, Lesiones, Violación; Fraude, Despojo, etc., y después haber incurrido en el delito del otorgamiento de beneficios indebidos a los internos, con la aclaración que tales tipos penales fueron cometidos en fechas, tiempos diferentes con sus respectivos resultados y éste es el fundamento por lo cual procede el

incidente de acumulación de procesos para sumar las penas de cada delito cometido y establecer una sola sin que exceda de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33 del ordenamiento penal del 2002 de 50 años de prisión.

En conclusión el tipo a estudio acepta el concurso Ideal ó Formal como el concurso Real o Material. Para los efectos de la punibilidad en el caso de concurso de delitos se estará a lo dispuesto por el artículo 79 del mismo Código que Textualmente dice:

ARTÍCULO 79.- *(Aplicación de la sanción en el caso de concurso de delitos)*. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código.

En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las

penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este Código.

➤ **ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PREVISTO
EN EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
EN EL ÁMBITO DE EJECUCIÓN DE PENAS.**

CAPITULO IV

**LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO PREVISTO EN EL
ARTICULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL**

- 4.1 Concepto de Participación
- 4.2 El Concurso Necesario y Concurso Eventual de Sujetos
- 4.3 Requisitos de la Participación
- 4.4 Teoría sobre la Participación
- 4.5 Formas de Participación
- 4.6 La Participación en el Tipo Previsto en el Artículo 303 Fracción II del Código Penal Para el Distrito Federal

CAPITULO IV

LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO PREVISTO EN EL ARTICULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN

“La participación es tan antigua como el delito; las más viejas legislaciones la aceptaron.

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*. En el primer caso hay *pluralidad de delitos*; en el segundo, *unidad en el delito con concurso de sujetos*.

Para centrar en el lugar debido el problema de la participación, MAGGIORE empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o *monosubjetivos* y delitos colectivos o *plurisubjetivos*, en razón de la exigencia típica referida a los *sujetos activos* en el delito; éste es *unisubjetivo* cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque *eventualmente* puedan realizado varias; es *plurisubjetivo* cuando la descripción legal de la

conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas."⁴¹

De lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) *Unidad* en el delito, y b) *Pluralidad* de personas. Sólo con esos elementos es posible, como afirma CAVALLO, elaborar el concepto de la participación criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso partir del concepto de *autor* del delito.

Por último diremos que la participación es la intervención de varias personas, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto producen el resultado típico.

4.2 EL CONCURSO NECESARIO Y CONCURSO EVENTUAL DE SUJETOS

Concurso Necesario de Sujetos.

Si la estructura del tipo requiere de dos o mas sujetos activos, se integra *el concurso necesario*.

⁴¹ Pavón Vasconcelos francisco Ob. Cit. PP 537 y 538

La participación en una asociación o banda de tres o más personas organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que merezca el delito cometido, tipifica un delito plurisubjetivo y quienes participan tiene el carácter de autores en forma necesaria, pues la descripción del hecho requiere la concurrencia de conductas culpables.

El concurso necesario de sujetos se identifica con la causalidad, pues la intervención de varias personas, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto producen el resultado típico.

Sin desconocer que el estudio de la participación puede tener algún contacto con el de la causalidad, no todos los problemas del concurso encuentran solución en el citado criterio, pues la aportación de cada partícipe no puede estar sujeta a una "preordenada catalogación", ya que el hecho concreto varía en forma extraordinaria.

Un ejemplo claro del concurso de sujetos es cuando en la esquina vigila una persona, para avisar a sus compañeros, la posible llegada de la policía, mientras éstos realizan el saqueo de una casa habitación sin vigilancia ni custodia, a pesar de no realizar actividad coincidente con la constitutiva del delito de robo, sin lugar a duda está participando con su actuar en la comisión de tal delito; los que se apoderan del motín dan vida a la actividad descrita en el tipo y por ello

son autores (causa), pues la conducta desarrollada tiene mayor eficacia causal o es la adecuada en el resultado, mientras el primero adquiere la categoría de partícipe, dado que su actuar, aun siendo condición causal, no tiene igual eficacia o bien no resulta la condición adecuada.

De ahí que, como lo expresa CAVALLO, "*autores* los son quienes intervienen en la comisión de los actos ejecutivos y partícipes, los que se adhieren mediante actos diversos a la actividad de aquellos".⁴² Tal enlace, a través del cual se conectan los actos accesorios al principal, no puede ser sino de naturaleza psíquica y consistente precisamente en la identidad de la intención.

El autor Florian, para quien el delito es una unidad subjetiva y tanto los actos principales como los accesorios convergen hacia el mismo fin por ende hacia el mismo delito.⁴³

El maestro Castellanos Tena comenta, "Ciertamente en el delito realizado por varias personas (cuando el tipo no exige plurisubjetividad), sólo deben tenerse como delincuentes quienes convergen con su influjo a la causación del hecho descrito por la ley; pero conviene no perder de vista que la teoría de la causalidad, únicamente resuelve el problema de la determinación de la causa en el mundo fenomenológico; por ende, urge tener presente lo expuesto sobre el particular, en cuanto a que precisa analizar si el

⁴² Ob. Cit. p. 770

⁴³ Raúl Carranca y Rivas, *La Participación Delictuosa, Doctrina y Ley Penal*. p. 113, México 1957.

comportamiento de quien contribuyó a constituir la causa productora del resultado, quedó matizado de delictuosidad, en función de todos los elementos del ilícito penal. Tomada en sentido demasiado rigorista la doctrina de la causalidad, ha llevado a afirmar que para ella no existe diferencia entre delincuentes principales y accesorios y, por lo mismo, todos son responsables en igual grado. Más por una parte no todo el que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado, es delincuente, ni necesariamente todos los que resulten codeincuentes tienen la misma responsabilidad; la medida de ésta encuéntrase mediante el análisis no sólo del factor objetivo, sino de todos los elementos del delito y fundamentalmente del subjetivo. Requiere pues el examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente físico y material, sino psicológico de cada sujeto. Entendida así la teoría de la causalidad, resuelve los problemas de la naturaleza de la participación en el hecho punible, porque la equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica..." En consecuencia, dentro de la corriente de la causalidad, es dable admitir, en un mismo delito, distintos grados de participación, en donde se engendran diversas responsabilidades y penas diferentes.

Si hubiéramos de tener presente los criterios absolutos de la causalidad y accesoriedad, nos sería imposible encontrar el fundamento de la responsabilidad del autor mediato y, aun en el caso de tener por resuelta esta cuestión, tendríamos que buscar solución adecuada a la actividad del cómplice, auxiliador o cooperador del autor

material, por no serle aplicable la artificial concepción de la autoría medita.

La ley mexicana construye la responsabilidad, en el concurso de sujetos, partiendo de la idea de que el delito es el producto de la plural actividad; de la asociación de varias personas, en la cual cada una de ellas aporta una determinada contribución para producir el resultado. De ahí se infiere que el hecho realizado (delito), es singular en cuanto denominador común de las actividades asociadas. que lo produjeron y el particular actuar de los particulares en él habrá de tener relevancia respecto a la individualización de la pena.

No podemos por otra parte, desconocer la existencia real de grados en la participación delictiva,⁴⁴ los cuales establecen el concepto mismo del concurso de agentes en el delito, cuyo punto de partida lo establece la culpabilidad del autor, con lo que reconocemos que los grados en el delito, integran un verdadero sistema al cual no es posible escapar.

A continuación daré un breve concepto de autores, coautores y cómplices.

Con relación a los *autores*, hay que distinguir entre autor *material*, autor *intelectual* y autor por *cooperación*.

⁴⁴ Cisneros y Garrido. La Ley Penal Mexicana, p.57, Botas, México, 1954.

"El Material, es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley (artículo 22 fracción I, los que lo realicen por sí).

El *Intelectual* el que induce, instiga o determina a otro a cometer el delito.

El *Cooperador* es quien presta un auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictivo propuesto."⁴⁵

La actividad del coautor o autor por cooperación se recoge particularmente en el artículo 4° del Código argentino, siendo aquella consistente en un "auxilio o cooperación" sin los cuales no habría podido cometerse el delito. Para ser punible la actividad del cooperador debe éste tener representación del hecho y de su ilicitud y haber actuado voluntariamente a la causación del resultado, pues de otra manera faltaría considerar la subjetividad del hecho respecto a su autor.

Autor Mediato. Se denomina tal 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 un inimputable.

⁴⁵ Pavón Vasconcelos Francisco Ob. Cit. p.551.

Autor Inmediato. Según Soler 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, quienes realizan la ejecución de la acción típica (se apoderan de la cosa ajena; distraen de su objeto los bienes recibidos en virtud del encargo; engañan o se aprovechan del error de otro, etc.)".⁴⁶

Coautor.

Coautor. Al igual que el autor, es quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros, descrita en la ley. Indebidamente se habla de coautor pues éste, en rigor técnico, es un autor, ello implica que el coautor es quien está en posesión de las condiciones personales del autor y ha participado de la decisión común respecto del hecho delictivo, entonces, en el todo que constituye el hecho típico, el coautor con su actuación contribuye con una parte que complementa la de los demás coparticipes o autores y ello precisamente justifica que el que responda del delito en su integridad. El dominio del hecho, en la parte que corresponde al coautor, se origina en la decisión común del autor y el coautor para ejecutar el delito, mediante esa decisión conjunta se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho, de tal manera que cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.

⁴⁶ Idem

Por ello SAUER define la actividad de los coautores como "la ejecución común consciente".

Complicidad.

Complicidad. Consiste en el auxilio prestado o a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo. De ello se infiere que la complicidad exige, en el aspecto objetivo, un doble elemento: a) el auxilio del delito, y b) la ejecución del delito por otro.

El Jurista Ignacio Villalobos refiere que "el auxilio puede prestarse desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza y tiene como requisito su eficacia dentro de la ejecución total y su naturaleza secundaria y sustituible en abstracto; en tal virtud, a quien realiza la acción secundaria se le denomina cómplice, debiéndose distinguir, con relación a él, la complicidad moral y la material. La primera consiste en instruir o alentar al autor sobre la forma de realizar la ejecución del delito o de facilitar los medios materiales para la ejecución del mismo".⁴⁷

Dolo del Cómplice.- congruentemente con el concepto vertido del cómplice, el dolo de éste se configura por el conocimiento que tiene del auxilio que presta al autor, así como del *motivo del mismo*. Son aplicables por ello, al instituto de la complicidad, las reglas extraídas

⁴⁷ Villalobos Ignacio *Derecho Penal Mexicano. Parte General* Ed. Porrúa México, 1990. P. 473

de la teoría del dolo, bastando por tanto la posibilidad del *dolo eventual* para determinar la responsabilidad del auxiliador.

Complicidad culposa. Criterios diferentes privan en relación a este problema, pues mientras unos autores afirman la complicidad culposa, otros por lo contrario la niegan. Nada se opone, en criterio de VILLALOBOS, para que en un mismo delito puedan concurrir responsables por dolo con otros que lo sean por negligencia o imprudencia.

La culpa, como tenemos visto, se caracteriza por la total *ausencia de voluntad respecto al resultado* producido, pues, "*Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar*" (artículo 18, del Código penal) y la complicidad requiere tanto la *representación* del acto propio como del acto del autor, pero fundamentalmente *la representación de que el primero constituye un auxilio a la ejecución del delito*, de tal manera que la relación de subordinación en el orden material también se da en el aspecto subjetivo, cuando menos respecto de aquel que presta el auxilio.

La connivencia. Peculiar carácter tiene la *connivencia*, también denominada *complicidad negativa*, cuyo rasgo esencial consiste en el *silencio guardado por el connivente acerca de los hechos, de naturaleza delictuosa, que sabe van a cometerse o se están cometiendo y en los cuales participa, negativamente, por un acuerdo tácito derivado de su propia actividad pasiva.*

"La complicidad puede incluso dice SOLER, basarse en una omisión, pero para que la omisión alcance a constituir complicidad, es necesario que el acto sea jurídicamente debido. Si el agente promete al ladrón no denunciado después de que cometa el robo, el agente es cómplice, porque promete no hacer algo que está obligado a cumplir. Pero la misma promesa, hecha por un particular cualquiera no constituye a éste en cómplice, porque promete un simple no hacer. La conducta contraria del particular podrá, tal vez, tener influencia impeditiva para la producción del hecho, pero ninguna seguridad hay de que la promesa de un hecho negativo tenga importancia productiva. Además, la ley no castiga el no impedir que se haga (complicidad negativa), sino el contribuir a que se produzca".⁴⁸

La Participación en Delito Culposos

Ya Enrique Ferri señalaba lo discutible de la posibilidad de la co-participación criminosa en los delitos culposos, no obstante lo cual toma partido por la solución afirmativa. "Pero también en éstos existe tal posibilidad, porque si bien los copartícipes en el hecho culposo realizado conjuntamente no podrían querer el electo dañoso en el que ninguno pensó, se encontraban, en cambio, en las condiciones de imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes,

⁴⁸ Pavón Vasconcelos. *LA Participación. Criminalia*. p. 184,

etc., de las que deriva aquel efecto".⁴⁹

A nuestro entender, no debe confundirse *la cooperación de culpas en el delito culposo* con la participación culposa. En el traído y llevado ejemplo de los individuos que para calentarse preparan leña, unos cortándola, otros apilándola y otros más encendiéndola, actos con los que provocan un incendio, mencionado por FERRI Y reproducido por BATTAGLINI entre otros, es indudable la existencia de acciones voluntarias culposas por imprevisión o negligencia cooperantes en la producción del incendio y los daños consiguientes, pero no participación delictuosa por culpa. Creemos, con ANTOLISEI, que la cooperación verificada en el delito culposo se limita a la pura conducta y no incluye en modo alguno al resultado dañoso, supuesto que la culpa presupone esencialmente ausencia de voluntariedad en la causación del mismo. La convergencia de voluntades se limita, en el delito culposo, a la realización de las acciones particulares para un fin común, pero ello no implica *conocimiento de que en los propios actos se contribuya a la ejecución del delito* y por ende no puede hablarse con propiedad de una participación o concurso culposo en el delito culposo.

⁴⁹ Pavón Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, pp. 555 y 556

Concurso Eventual De Sujetos.

El concurso eventual es en donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina "eventual" o participación propia.

Para centrar en el lugar debido el problema de la participación, MAGGIORE⁵⁰ empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

El artículo 22 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, contempla el concurso eventual de sujetos, ya que habla a cerca de la autoría y la participación, y a la letra dice:

"Artículo 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;*
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;*

⁵⁰ Derecho Penal, II, p. 96, 5ª edición, Bogotá, 1954.

- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro u otros autores;*
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;*
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y*
- VI. Con Posterioridad a su ejecución auxiliien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.*

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código".

En los delitos unisubjetivos por naturaleza es dable la concurrencia de varios agentes y solo entonces se habla de participación o concurso eventual de personas en la comisión del ilícito penal; por ejemplo, hablando del delito de homicidio, si diversos individuos intervienen, tanto en la planeación como en su ejecución y toca a cada uno distinta actividad dentro del mismo propósito

concebido, sus conductas, convergentes a la producción del resultado de muerte, configuran *el concurso eventual o participación*.

Lo general es la unidad de acción y de resultado, siendo una la acción por constituir un solo acto u omisión, pero también porque, integrándose la acción por varios actos, se consideren todos como uno solo, lo cual ocurre en el homicidio o las lesiones en riña, caso en el que el acto se descompone en varios particulares todos por la unidad de intención: privar de la vida o lesionar. El delito es siempre uno solo en el caso de unidad de acción y de resultado.

Un ejemplo claro de este tipo de concurso es cuando en un homicidio, intervienen varias personas, tanto en su preparación como en su ejecución, tocando a cada una de ellas diversa actividad dentro de la unidad del propósito concebido, el conjunto de sus conductas, convergentes a la producción del resultado, da origen al *concurso eventual o participación delictuosa*.

De lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) Unidad en el delito, y b) pluralidad de personas. Solo con estos elementos es posible elaborar el concepto de la participación criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso partir del concepto de autor del delito.⁵¹

⁵¹ Cavallo. Ob. Cit.

4.3 REQUISITOS DE LA PARTICIPACIÓN

Se han delineado ya, con lo expuesto anteriormente, los requisitos que conforman la participación. Ellos son, siguiendo a CAVALLO:

- a) Un elemento *material* identificado en el *hecho* ejecutado que se integra con los sub elementos: *conducta, resultado* y *nexo causal*. La conducta resulta plural por cuanto son *varias* las que intervienen para producir el resultado. En inferencia lógica, son *varias las personas* que intervienen en expresada, de manera que cada una de sus conductas debe constituir *condición causal* en el resultado, por afluir todas ellas a producido.

- b) Un elementos *subjetivo* o psíquico, consistente en la *convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado*, sin ser necesario a éste un *momento determinado* dentro del proceso ejecutivo; lo fundamental es que quienes participan tengan *conciencia* y *voluntad* de cooperar al acontecimiento o resultado perseguido. Por cuanto a la dirección del elemento *subjetivo*, respecto a las personas participantes en el delito, puede tener realidad con *anterioridad* al hecho, *concomitantemente* con él o con *posterioridad* al mismo. Algunos piensan que pueden darse un concurso

culposo en delito *doloso*, cuando por falta de previsión de lo previsible o con previsión del resultado, pero con la esperanza de que éste no se produzca, se incumple un deber de cuidado que las circunstancias personales imponen al o a los sujetos participantes, e inclusive un concurso *preterintencional*, en el que existiendo en los participantes un dolo genérico de causar daño, se produce un resultado mayor atribuible a título de culpa.

SANTANIELLO estima, como requisitos de la participación:

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

4.4 TEORÍA SOBRE LA PARTICIPACIÓN

Es frecuente que en el hecho delictivo cooperen en su comisión dos o más sujetos; es aquí donde surge el instituto de la participación o codelincuencia. Se presenta ésta, cuando una pluralidad de sujetos intervienen voluntariamente en la realización del delito.

Son tres las fundamentales teorías que la explican: la de la *causalidad, autonomía y accesoriedad*.

Causalidad.

Esta teoría identifica a la participación con la causalidad. Todos los sujetos que intervienen en la ejecución del delito concurren poniendo una condición para la producción del resultado. La responsabilidad es proporcional a la intensidad del influjo causal.

Al estudiar el elemento objetivo del delito quedó precisado que el hecho se integra por una conducta, un resultado y un nexo causal; se analizaron las principales corrientes al respecto. Ahora bien, con base en la causalidad se intenta resolver el problema de la naturaleza de la participación, al considerar codeincentes a quienes contribuyen, con su aporte, a formar la causa del evento delictivo. La verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.

Las diversas acepciones que pueden interesar, son las siguientes:

1. **Causa Eficiente:** La palabra *causa* está aquí empleada en el sentido de fuente.
2. **Causa Motivo:** Es el móvil determinante de la voluntad del individuo.

3. Causa Fin: Constituye el fin o propósito que se persigue. Contrariamente al móvil, es el objetivo buscado.

No se comprende fácilmente que el fin del acto sea llamado "causa".

La palabra causa nos da la idea de algo pasado, es decir, que ya ha acontecido, la palabra fin, en cambio nos indica algo futuro, que todavía no ha acontecido. Ante esta incongruencia. causa-fin, se nos ha explicado que el fin determina el actuar y, por extensión de lenguaje, se llama causal del fin, aunque no sea la denominación más satisfactoria.

Dentro de esa línea de pensamiento, la causa final de un homicidio (la voluntad de privar de la vida) es causa del disparo con el que se produce el deceso y el disparo es la causa eficiente del homicidio. Ahora bien, dentro del planteamiento causal de la condición, llevado al terreno penal, debe decirse que la causalidad, entendida en la forma ya especificada, corresponde a la temática de la conducta típica, no a la culpabilidad.

Teoría de la Causalidad Adecuada:

Busca en las reglas de la experiencia, la conducta que es adecuada para producir ese resultado en la generalidad de los casos. Busca aquella conducta, aquella causa, aquella condición que

generalmente es adecuada para producir ese resultado, entonces van acotando el marco de investigación de la causa.

Teoría de la Relación De Causalidad:

Lo que realmente interesa no es un concepto natural de la causalidad lo que interesa es un concepto normativo de la causalidad, valorado, al legislador, al derecho penal no le interesa el carpintero que hizo la cama donde se produjo la violación, le interesa el violador, no le interesa la madre del homicida le interesa el homicida.

El derecho penal selecciona conductas y las hace jurídicamente relevantes, en este caso las desvalora, no nos gustan estas conductas, entonces las penamos.

Cuando en la disciplina penal se habla de causalidad, se ésta haciendo referencia, tanto al fundamento material de la relación de causalidad (causa propiamente dicha), como a la demostración de la existencia de vínculo o nexo causal entre acción y resultado (prueba procesal).

De todo esto podemos concluir, en primer lugar, el concepto de conocimiento del fundamento de la ley causal general es de contenido distinto al de la aplicación de una ley causal general, lo que ha conducido a que se consolide en la doctrina penal la diferencia existente entre el fundamento material de la causalidad y la

demostración de la existencia de un nexo o relación de causalidad entre una acción y su efecto. En segundo lugar, que "causa" es también concepto distinto al de la relación de causalidad, ya que, mientras el concepto de causa alude al origen de un efecto, el segundo se refiere a la constatación de un enlace entre una acción y un resultado.⁵² La fundamentación de la vinculación causal entre una acción y un resultado, tiene por objeto la mera manifestación exterior de un fenómeno.

Autonomía.

Esta teoría se afirma en la pluralidad de delitos. Cada conducta es violatoria material y psíquicamente de la ley penal. Todos los participantes ponen una causa eficiente en la producción del resultado, siendo responsables en forma independiente, la obra de cada uno se aprecia en forma autónoma, desvinculada de las demás. De aquí se induce que la irresponsabilidad del autor no lleva consigo la irresponsabilidad de los cómplices.

Para esta corriente, el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia, quienes intervienen ya no son partícipes, habida cuenta de la autonomía de su conducta;

⁵² Kaufmann, Armin, *Tipicidad y Causación*. P 29.

por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de las demás. Solo son admisibles individualmente las causas excluyentes de responsabilidad, o a las calificativas y modificativas. Esta corriente es calificada como pluralística, por admitir varios delitos en oposición a las anteriores, llamadas monísticas o unitarias, por estimar que autor y partícipes producen un delito.

Accesoriedad

Recibe este nombre, porque considera autor del delito solo a quien realiza los actos (u omisiones), descritos en el tipo legal; la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tienen como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de la principal. El delito producido por varios sujetos, único indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondiente a los partícipes.

Parte de la concepción monista. Admite la existencia unitaria del delito, asignándole al ejecutor material el carácter de autor principal, y de partícipes accesorios a los colaboradores (cómplices) que en cualquier forma cooperan en la realización del delito. Así, por ejemplo, el inductor no sería castigado aunque pusiera su mayor empeño en la instigación, si el ejecutor material del delito desiste de realizarlo, y el cómplice que contribuye a la preparación del delito quedará o no impune según los actos que realice el actor principal.

Esta última teoría se ha considerado la más acertada. Parte de la concepción unitaria del delito. Todo delito constituye una unidad y responderá de él todos aquellos sujetos que material y subjetivamente colaboren a su realización. Sin perder de vista la culpabilidad que es individual, la responsabilidad de cómplices e inductores dependerán de la acción delictuosa del autor material o ejecutor inmediato. La participación es accesoria de un acto principal pero se es solo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena.

4.5 FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

A veces el delito no es la obra de una sola persona, varias unen sus fuerzas para realizado participando en él. La actividad delincuente se sirve a veces de los mismos medios que la actividad honesta y por ello a veces la codelincuencia se asemeja a una empresa industrial. De aquí los problemas de la participación, tanto más importantes cuanto que los más graves delitos se cometen con pluralidad de sujetos activos, esto es, en sociedades sceleris, y tal es la tendencia de la criminalidad en la vida moderna.

Todos los partícipes de un delito son responsables. Pero lo son en igual medida.

La naturaleza misma de determinados delitos requiere pluralidad de sujetos, como en el adulterio por ejemplo, en donde la intervención de dos personas es una condición indispensable para la configuración del tipo.

En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la *participación*. Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Se puede hablar de delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, según el tipo legal exija del comportamiento de uno o de varios sujetos. En caso particular los tipos plurisubjetivos no pueden colmarse con la conducta de un hombre, sino necesariamente por la de dos o más.

El delito en los casos de participación es una única acción compleja y colectiva, con diversas aportaciones personales que concurren todas, desde el punto de vista de la intención al realizar la obra criminosa. Existen diversos grados de responsabilidad por un mismo delito con diferentes participaciones.

- a) El Primero es el de Autor. La persona que sola o conjuntamente con otra u otras lo ejecuta todo entero o de propia mano, o bien, que determina a otro, imputable y culpable o no, para que

aquella lo ejecute. Si son varios sujetos los que han ejecutado entre todos un mismo hecho lesivo y son todos plenamente responsables, entonces son coautores.

Por tanto el autor o ejecutor material puede ser uno y el intelectual o moral otro, en este caso los morales son también coautores. Se da entonces una especie de participación en la que cabe diferenciar la provocación o inducción directa (autoría intelectual por provocación o inducción) de la ejecución (autoría material).

- b) Cuando el autor se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar el delito se convierte en autor mediato.
- c) Cuando al delincuente principal lo ayudan o socorren otros mediante previo acuerdo, estos son cómplices. El cómplice ha de ser un sujeto plenamente responsable y no inductor, pues en este caso sería coautor. Su cooperación ha de ser tal que sin ella el hecho no se habría cometido (cómplice primario) o ha de contribuir de cualquier modo a la consumación del hecho (cómplice secundario).
- d) El Encubrimiento consiste en la realización de una acción posterior a la ejecución del delito y en favor del delincuente, sin acuerdo previo a la ejecución del delito mismo. En ocasiones el encubrimiento es considerado como un delito especial, no como un grado de la participación, por lo mismo que la cusa debe preceder siempre al efecto.

- e) De acuerdo a la participación que haya tenido el delincuente en el acto delictivo, así deberá ser la pena: la teoría objetiva que mira a la actividad desarrollada en la ejecución del delito mismo. Se sostiene también que puede corresponder la pena a la culpabilidad del sujeto: teoría subjetiva que mira a la causalidad moral del hecho, entendiéndose que todas las condiciones producen conjuntamente el resultado y , por tanto, que todos los copartícipes de un delito son igualmente responsables.
- f) La escuela filosófico-penal que inspiró al Código Penal de 1871, distinguió, entre los responsables criminalmente, a los autores, cómplices y encubridores; consideró entre los primeros a los mediatos y a los intelectuales, a los inductores y, naturalmente a los ejecutores; entre los cómplices a los provocadores, a los que indirectamente participan en la ejecución y a los propiamente auxiliares, pero además a los que ocultan cosas robadas, dan asilo al delincuente o le proporcionan la fuga, si ello es por pacto anterior al delito; por último, consideró encubridores a los que, sin previo concierto, favorecen al delincuente por diversos modos.

Para el ámbito jurídico atañe la connotación de la palabra concurso, derivada de la voz latina en cuanto significa reunión, aplicada a personas, circunstancias, hechos, actos o para nuestro tema específico: delitos. El remate de fondo para el concurso; consiste

en detectar su presencia en el caso concreto para fijar el marco de la sanción. Este cauce seguido dentro del Código, la reduce a un esquema de punibilidad.

El concurso se maneja técnicamente en el ámbito de la conducta. En su análisis se habla de la existencia de concurso formal y concurso material; sin embargo, a pesar de ubicado en la acción o conducta, en cuanto a la determinación de las diversas figuras constitutivas del concurso, lo apropiado sería colocado en la teoría del tipo.

Las características del concurso formal existen cuando una sola conducta produce varios resultados; es decir, con una sola acción o con un solo hecho se violan varias disposiciones penales autónomas; sin embargo, en este tipo de concurso la conducta generadora implica la causación de varias lesiones jurídicas compatibles.

Está constituido el concurso material por varias conductas delictivas, desde luego ejecutadas en momentos diversos, por lo que pueden considerarse independientes, sin embargo, se llevan a cabo dentro de una secuela; diríase que las diversas conductas se ejecutan para lograr un propósito predeterminado; por ejemplo robar un almacén como objetivo primordial del o de los autores, pero para lograrlo roban un vehículo, matan dos guardias, golpean al cajero, en su huída atropellan a un transeúnte y chocan, dañando otro vehículo.

Existe concurso de delitos cuando a una persona se le llama a responder de varias violaciones a la ley penal. Ahora bien, para que a una persona se le puedan imputar varias violaciones a la ley penal, no es suficiente que su conducta encuadre en más de una figura delictiva sino que, además es necesario que las respectivas figuras puedan funcionar al mismo tiempo de una manera autónoma, sin que la aplicación de una esté excluida por la aplicación de la Otra.⁵³

Para el concurso se requiere un solo hecho con varias violaciones a la ley penal o varios hechos en sucesión, vinculados por una misma secuela que los mantiene relacionados entre sí.

4.6 LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 303 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A fin de que la participación deba tenerse en cuenta, hay que partir de la noción del autor material (el que lo realiza por sí), que es quien realiza la parte principal o sea la conducta básica y fundamental que "colma" el tipo penal, y a partir de dicho concepto surgen las demás conductas cooperantes ligadas íntimamente a la conducta fundamental. Ahora bien para que las conductas cooperantes tengan

⁵³ Núñez, Ricardo C., *El Concurso de Delitos*, colaboración en Enc. Jur. Omeba, tomo III, p.650

trascendencia a la luz del Código Penal debe de estar vinculadas, de tal manera que, sin su existencia, no se hubiese producido el resultado final, comisión del ilícito, lo que significa que tales conductas deben guardar con el resultado típico una relación de causa a efecto, necesaria para que el delito tenga realidad jurídica. Además la participación puede ser contemplada como una conducta necesaria que complementa la conducta principal del autor material y ambas conductas deben de estar vinculadas en virtud de la conexión psíquica entre los partícipes y el autor material; sin esta vinculación no puede existir participación pues no se daría el "dolo de participación".

La teoría de la autonomía en la participación es la operante en el delito cometido por él o los Servidores Públicos contemplado en del artículo 303 Fracción II del Código Penal vigente en el Distrito Federal; sirva de apoyo lo que ordena el artículo 22 del mismo ordenamiento represor. Por lo tanto me permito afirmar que el tipo que se encuentra normado en el numeral antes invocado, motivo de este trabajo acepta los diversos grados de participación que prevé el artículo 22 del ordenamiento sustantivo y que para mayor ilustración me permito transcribir.

Artículo 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;*
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros*

- autores;*
- III. *Lo lleven a cabo sirviéndose de otro u otros autores;*
 - IV. *Determinen dolosamente al autor a cometerlo;*
 - V. *Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y*
 - VI. *Con posterioridad a su ejecución auxiliien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.*

Siendo que, con antelación se menciona que el tipo previsto en el artículo 303 fracción II del Código Penal da cabida a todas las formas y grados de participación, y ha quedado claro la importancia de la ejecución del delito por parte del autor material, no está de más dar a conocer la participación y presencia del autor intelectual, pudiendo recaer en el caso concreto en el superior jerárquico de cualquier servidor público encargado a la ejecución de penas; teniendo presente la coautoría, la cual debemos entender como la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, siendo que las distintas contribuciones deben, considerarse, por consiguiente, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención; y que en la coautoría es necesario, además del acuerdo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente en su ejecución), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón indispensable de todo el acontecer delictivo. Así mismo puede haber

encubridores que pueden recaer en otros Servidores Públicos que tengan el mismo nivel y que tengan conocimiento del otorgamiento de beneficios a los internos y se abstengan de hacer el conocimiento del jefe superior jerárquico. También pueden aparecer cómplices, que desplazan una conducta de auxilio y en éste caso podrían ser en un momento dado los familiares quienes colaboran para que a su familiar interno le den éste beneficio.

CONCLUSIONES.

Primera.- En el presente trabajo he analizado las corrientes que han urgido para el análisis de los elementos que integran el delito, y así mismo se ha analizado tanto los elementos positivos como los aspectos negativos del mismo.

Segunda.-Teniendo como apoyo la teoría del delito, me ha permitido aplicarlos todos y cada uno de ellos tanto desde el punto de vista positivo como negativo al tipo previsto en la fracción II del artículo 303 del Código Penal.

Tercera.- El tipo de la fracción II del artículo 303 del Código Penal para el Distrito Federal, en orden a la conducta lo he contemplado en los siguientes términos: 1) la calidad exclusiva del sujeto activo que en éste caso es tener el carácter de Servidor Público y que éste desplaza un comportamiento humano voluntario positivo al conceder el beneficio a un sujeto también exclusivo que tiene la calidad de interno como beneficiado y hago la reflexión que podría presentarse la otra forma de conducta como es la omisión, entendida como aquella actividad en que el sujeto (Servidor Público) deja de hacer lo que el reglamento de reclusorios ó el penitenciario ordene y he dejado también expresado que en éste tipo el

resultado es de carácter formal y solo en el caso de que reciba dinero, dádivas etc., se integraría otro tipo penal.

Cuarta.- El tipo de la fracción II del artículo 303 del Código Penal para el Distrito Federal, será antijurídica la conducta del Servidor Público en el momento en que contraviene la ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal, el Reglamento interno del sistema penitenciario ó de reclusión preventiva, pues considero que desde el momento en que otorgue el beneficio conoce su antijuricidad al quebrantar el sistema normativo. En el tipo a estudio no aparece o se integra alguna causa de licitud, pero resulta la problemática de la obediencia jerárquica, pero ésta excluyente como se dejó explicado esta fuera del actual Código Penal.

Quinta.- El tipo de la fracción II del artículo 303 se ha analizado y se ha llegado a estudiar que a mi juicio éste tipo tiene elementos objetivos, subjetivos y normativos. No hay ausencia de tipo y en cuanto a la tipicidad se ha expuesto que éste elemento surge cuando el Servidor Público adecua ó encuadra su conducta a la fracción II del numeral citado y que en cuanto a la atipicidad se han señalado cuales son esas hipótesis en las que opera, así la falta de calidad de sujeto activo y la falta de calidad del beneficiado que lo es la

persona que esta sujeto a un proceso penal o que esta cumpliendo una sentencia condenatoria.

Sexta .- También ha quedado demostrado que el Servidor Publico a que se refiere la fracción II del articulo 303 del Código Penal vigente debe tener capacidad de entender y de querer y la edad de 18 años, esto es indispensable, a sabiendas de que un Servidor Publico no seria aceptado si no tiene tal edad y capacidad plena de sus facultades mentales. Es inaceptable que opere alguna causa de inimputabilidad.

Séptima.-En orden a la culpabilidad, se ha dicho en el presente trabajo que el Servidor Publico que otorga beneficios indebidamente al interno, será doloso o intencional y no admite culpa ya que el propio Servidor Publico sabe, conoce, entiende que su conducta es indebida, que puede evitarla por la exigibilidad de su conducta ilícita sin embargo otorga el beneficio. Por otra parte resulta inaplicable alguna causa de inculpabilidad.

Octava.- Es claro que la fracción II del articulo 303 del Código tantas veces citado no requiere de condiciones objetivas de punibilidad y es obvio su aspecto negativo. En cuanto a la punibilidad el propio Código señala una mínima de dos y

una máxima de ocho años, agregando que además de ésta privativa de libertad debe inhabilitarse, además de la pena pecuniaria correspondiente.

Novena.- El concurso de delitos en el tipo de la fracción II del artículo 303 del Código Penal puede concursar como se ha demostrado en el capítulo tercero, desde el punto de vista ideal o formal y desde el punto de vista real.

Décima.- El tipo de la fracción II del artículo 303 del Código Penal del Distrito Federal acepta los diversos grados de participación que establece el artículo 22 del Código Penal, pues he demostrado que puede haber autores intelectuales, coautores, encubridores y cómplices.

BIBLIOGRAFÍA

1. Carrancá y Rivas Raúl. *La Participación Delictuosa. Doctrina y Ley Penal*, México, 1957.
2. Carranca y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, México Ed. Robredo.
3. Cuello Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Barcelona 1964.
4. Fernández Doblado Luis. *La Participación y el Encubrimiento*, Criminalia XXV.
5. García Ramírez Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 1968.
6. Jiménez de Azúa Luis. *La ley y el Delito*, Ed. Hermes, Buenos Aires.
7. Jiménez Huerta Mariano. *La Tipicidad*, Ed. Porrúa, México 1955.
8. Jiménez Huerta Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa.
9. Luzón Cuesta José María. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Ed. Dykinson, S.L. 2000.
10. Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*, Ed. Temis Bogotá.
11. Orellana Wiarco Octavio. *Teoría General del Delito*, Ed. Porrúa.
12. Pavón Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México 1999.

13. Porte Petit Celestino. *Programa de la Parte General del Derecho Penal*.
14. Porte Petit Celestino. *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, Ed. Porrúa, México 1954.
15. Vela Treviño Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*, Ed. Trillas.
16. Vela Treviño Sergio. *La Culpabilidad e Inculpabilidad*, Ed, Trillas.
17. Villalobos Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, S.A., México.
18. Zaffaroni Eugenio Raúl. *Teoría del Delito*, Editar editores, Buenos Aires

LEGISLACION

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal del Distrito Federal Ed. SISTA 2004
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Ed. SISTA
- Ley de Ejecución de Sanciones Penales Ed. SISTA 2004