



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

LA DEROGACIÓN DEL CONCURSO
EN LOS DELITOS GRAVES

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ROJAS

Asesor: LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Celaya, Gto.

Septiembre 2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Dios:

Mi esposa Ma. Belén.

A mis Hijos: Ana Belén, Juan Carlos y José Antonio.

A mis Padres: José y Juana.

A mi Asesor: Lic. Rogelio Llamas Rojas por la paciencia.

A todos los maestros que de alguna manera influyeron en el aporte de conocimientos.

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I.

ETAPAS HISTÓRICAS DEL DERECHO PENAL.

1.1 VENGANZA PRIVADA.....	2
1.2 LA VENGANZA DIVINA.....	4
1.3 EL DEREHO GRIEGO.....	5
1.4 EL DERECHO ROMANO.....	6
1.5 LA VENGANZA PÚBLICA.....	9
1.6 EL PERIODO HUMANITARIO.....	11
1.7 PERIODO CIENTÍFICO.....	13
1.8 HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO.....	14
1.8.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA.....	14
1.8.2 ÉPOCA COLONIAL.....	15
1.8.3 MÉXICO INDEPENDIENTE.....	17
1.9 CÓDIGO PENAL DE GUANAJUATO.....	18

CAPÍTULO II.

EL DELITO.

2.1 GENERALIDADES DEL DELITO.....	20
2.2 CONCEPTUALIZACIÓN.....	21

2.2.1 NOCIÓN CLÁSICA DEL DELITO.....	21
2.2.2 NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO.....	22
2.2.3 NOCIÓN JURIDICO FORMAL DEL DELITO.....	24
2.2.4 NOCIÓN JURIDICO SUSTANCIAL DEL DELITO.....	24
2.3 DEFINICIÓN LEGAL DEL DELITO.....	26

CAPÍTULO III.

ELEMENTOS DEL DELITO.

3.1 LA CONDUCTA.....	29
3.1.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.....	29
3.1.2 LOS SUJETOS DE LA CONDUCTA.....	30
3.1.3 LOS OBJETOS DE LA CONDUCTA.....	31
3.1.4 ELEMENTOS DE LA ACCIÓN.....	31
3.1.5 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN.....	32
3.1.6 AUSENCIA DE CONDUCTA.....	33
3.2 TIPICIDAD.....	33
3.2.1 FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.....	34
3.2.2 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.....	35
3.2.3 AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD.....	36
3.3 ANTIJURICIDAD.....	36
3.3.1 ANTIJURICIDAD FORMAL MATERIAL.....	36
3.3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	37
3.4 IMPUTABILIDAD.....	39
3.4.1 IMPUTABILIDAD PRESUPUESTO O ELEMENTO.....	40
3.4.2 LA INIMPUTABILIDAD.....	40
3.5 LA CULPABILIDAD.....	42
3.5.1 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.....	43

3.5.2 EL DOLO Y SUS ELEMENTOS.....	43
3.5.3 LA CULPA Y SUS ELEMENTOS.....	44
3.5.4 LA PRETERINTENCIÓN.....	45
3.5.5 LA INCULPABILIDAD.....	46
3.6 PUNIBILIDAD.....	47
3.6.1 ELEMENTOS O CONSECUENCIA DEL DELITO.....	48
3.6.2 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.....	48

CAPÍTULO IV.

EL DELITO Y SU EJECUCIÓN.

4.1 NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN.....	52
4.2 NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN.....	53
4.3 GRADOS DE PARTICIPACIÓN.....	55
4.4 EL ENCUBRIMIENTO.....	57
4.5 REGLAS ESPECIALES DE PARTICIPACIÓN.....	58
4.6 CASOS ESPECÍFICOS DE INDETERMINACIÓN DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN.....	59
4.6.1 ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y PANDILLERISMO.....	60
4.6.2 MUCHEDUMBRES DELINCIENTES.....	61
4.7 LA VIDA DEL DELITO.....	62
4.8 TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.....	64

CAPÍTULO V.

CONCURSO DE DELITOS.

5.1 ASPECTOS PRELIMINARES.....	68
--------------------------------	----

5.2 CONCURSO REAL O MATERIAL.....	70
5.3 CONCURSO IDEAL O FORMAL.....	72
5.4 PUNIBILIDAD DE LOS CONCURSOS.....	74
5.5 CONCURSO APARENTE DE LEYES.....	76
5.5.1 PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD.....	77
5.5.2 PRINCIPIO DE LA CONSUNCIÓN.....	79
5.6 DELITO CONTINUO O CONTINUADO.....	80
5.7 PROPUESTA DE DEROGACIÓN AL CONCURSO DE DELITOS.....	86

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN.

El Derecho Penal, es un conjunto de dispositivos ordenados metodológicamente, que tiene como finalidad el reprimir conductas que la sociedad en su conjunto considera contrarias a sus intereses comunes y porque además perturba la sana convivencia humana.

La pena entonces, como reflejo formal de esta rama del derecho, ha de servir para castigar al individuo que haciendo caso omiso a los intereses jurídicamente protegidos por el grupo al que pertenece sobrepone su propio interés y delinque; entonces la pena ha de ser represiva, intimidatoria y ejemplar para los demás miembros de la comunidad.

El delincuente de hoy ha dejado de ser improvisado, de actuar en solitario, y en cambio es común que se organice, que trabaje en verdaderas asociaciones criminales; circunstancias que lo hacen más peligroso y antisocial. Además, sus conductas se multiplican, no se limita a ejecutar una sola conducta penal, sino que comúnmente, comete varias infracciones criminales; los concursos penales, tanto real como ideal, son actuaciones cotidianas; comienza por probar, generalmente por necesidad o vagancia, comete delitos patrimoniales de poca monta, posteriormente ante la impunidad, se da cuenta que el robo puede ser su forma de vida, y que los resultados son mejores si se organiza y planea sus actos; las circunstancias pueden provocar que delinca en gravedad mayor, acopie armamento prohibido, se apodere de

vehículos ajenos, que cometa un homicidio, secuestre, viole a su víctima del secuestro durante el cautiverio, etc., por lo cual, el delito es algo habitual, su saña y perversidad va en aumento.

Ante este tipo de delincuentes, instituciones como la duración máxima de las penas y los concursos, lejos de intimidar a la delincuencia, la favorecen, porque el derecho deja de ser un instrumento efectivo para la represión de la delincuencia ante la limitación del arbitrio judicial al respetar estas exigencias legales.

Como tema de tesis, se hace el presente estudio donde se parte del supuesto de que el Derecho Penal ha de prevalecer como el medio más eficaz para normar la vida social del individuo, que ante la violación a sus preceptos, el tratamiento punitivo debe endurecerse en contra de quien sin lugar a duda, haya violentado ese marco normativo al haber ejecutado delitos graves, aplicando un castigo realmente ejemplar; que puede resultar de la suma efectiva de penas ante los diversos delitos que hubiera ejecutado, olvidándonos así de la máxima duración legal que se establece para la pena de prisión y derogando el concurso de delito, cuando estos por su naturaleza, sean graves.

CAPÍTULO I
ETAPAS HISTÓRICAS DEL
DERECHO PENAL

I. ETAPAS HISTÓRICAS DEL DERECHO PENAL.

1.1 VENGANZA PRIVADA.

El progreso de la función represiva, cuestión que se ha pretendido identificar con la evolución de las ideas penales, presenta diversos matices según el pueblo a estudio. Ni en todas las sociedades ha sido igual, ni tampoco ha sucedido con normal tránsito, en las diversas épocas.

En los tiempos más remotos la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, para colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propicia víctima, por su desamparo de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a este. La expulsión, que en un principio se practicó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo.

El Talión representa, sin lugar a duda, un considerable adelanto en los tiempos antiguos al limitar los excesos de la venganza, ya personal o

del grupo, señalando objetivamente la medida de la reacción punitiva en función del daño causado por el delito.

El Código de Hammurabi, era un conjunto de preceptos que consagro el principio de la retribución, al sancionar junto con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensación perfecta. Este documento histórico, la más antigua legislación conocida, que tiene el mérito de haber distinguido algunos casos de delitos culposos, excepcionando de pena el caso fortuito.

La compensación, instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a sustituir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito, constituyo una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario. La compensación, que en un principio era voluntaria, se convirtió en obligatoria y legal, posteriormente evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada.

La compensación tuvo, no obstante, algunas limitaciones Ya que en relación a ciertos delitos públicos no se admitió la substitución de la pena y, en otros, a pesar de su índole privada, se permitió la venganza del ofendido, como en aquellos delitos que afectaban al honor.

1. 2 LA VENGANZA DIVINA.

Este periodo, en el progreso de la función represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad.

Dentro de este periodo se sitúa al Pentateuco, conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento y en los que se contienen las normas del Derecho del pueblo de Israel, de evidente raigambre religiosa.

El derecho de castigar proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. La pena, en consecuencia, está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa.

En el Pentateuco se encuentran prohibiciones tabú y formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos, la venganza privada.

Los Libros Sagrados de Egipto, son prueba de la fusión entre los conceptos de delito y represión con los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa, y aunque no han llegado a nuestro conocimiento se tiene preferencias de ellos. El Derecho egipcio está también, lleno de

espíritu religioso; se observa la misma delegación divina en los sacerdotes en orden al derecho de castigar.

La pena fue considerada primero como un castigo y después como una expiación. Este último concepto fue sustituido más tarde por el de retribución, pues el hecho de haber perdurado durante siglos el principio talional, prueba que la medida de la pena no era sino el resultado de una apreciación, con raras excepciones, meramente objetiva del daño resultante del delito. En la mayoría de los casos bastaba la simple comprobación de la relación natural entre la conducta del sujeto y el daño material causado para aplicar la pena. Lo anterior pone de relieve que fueron pocas las legislaciones que pudieron escapar, mediante reglas de excepción, al influjo de tan genérica concepción y, por ello, se puede señalar como característica de tan lejanas épocas, la aplicación de la pena con riguroso criterio objetivo.

1.3 EL DERECHO GRIEGO.

En realidad son poquísimas las referencias existentes sobre el Derecho Penal griego y el conocimiento escaso ha llegado, principalmente, a través de filósofos y poetas. Se le considera, sin embargo, como un puente de transición entre el derecho oriental y el occidental.

Los estados griegos conocieron los periodos de la venganza privada o de sangre y de la venganza divina en sus Inicios históricos,

pero más tarde, cuando se consolidan políticamente, separan el principio religioso y fundan el derecho a castigar en la soberanía del Estado. Se perfila la división de los delitos según ataquen los intereses de todos o simplemente un derecho individual reservando para los primeros las penalidades más crueles. La pena, tiene finalidad esencialmente intimidativa, no expiatoria. El *ius puniendi* poco a poco va articulándose en el Estado.

1.4 EL DERECHO ROMANO.

El pueblo romano, en el inicio de su evolución histórica conoció, como todos los pueblos antiguos, la expulsión por la paz y la composición. Es de suponer que en sus raíces remotas haya existido también la venganza privada, pero su organización social primitiva, que consagró al pater familias como la autoridad suprema del núcleo familiar, excluyó tal forma de reacción contra el delito, pues al pater correspondió el ejercicio de la venganza.

Es en el Derecho romano donde se precisa, con exactitud, la diferencia entre *delicta privata* y *crimina publica*, con posterioridad a las leyes de las X11 Tablas, pues éstas recogieron, principalmente, los sistemas talional y de la composición. Aunque ya las X11 Tablas estatuyeron el delito de traición, castigándolo con la muerte, las leyes surgidas con posterioridad dieron nacimiento al concepto de crimen *inim�uatae vellaesae maiestatis populi romani*, consagrado en la Lex Cornelia, que comprendió como delitos de lesa majestad los considerados como *perduellio*.

La perduellio era la acción más grave, entre las formas de delitos cometidos contra el Estado. La construcción del crimen laesae maiestatis, en perduellionis castigó los actos realizados por el ciudadano que, como enemigo de patria, ponía en peligro de su seguridad, comprendiendo, por tanto, las actividades atentatorias de la seguridad y permanencia del Estado. La denominada proditio se castigó, dentro del iudicium perduellionis, por atentar igualmente contra la seguridad del Estado y la cometía el ciudadano que ayudaba al extranjero contra la propia patria, constituyendo su esencia carácter el animus hostilis in existium republicae.

Todos los crímenes públicos, atentatorios de la seguridad del Estado, quedaron incluidos en la Lex Julia, la cual aparece reproducida en el Digesto. La Lex Julia comprendió los delitos contra la seguridad externa del Estado, clasificando los que comprometían la integridad territorial, la entrega de hombres al enemigo, la desertión, la traición por vileza, la excitación de un pueblo a la guerra y otros. A tales infracciones se les dio como pena la del aquae et ignis Interdicto. A la Lex Appuleia siguieron la Lex Varia la de Sila, que castigaron la sedición y la rebelión.

Tratándose de los crimina pública. El Derecho romano llegó en la Constitución de Arcadia, a castigar la inducción Como acción consumada prolongando la responsabilidad del autor a sus hijos y a los descendientes de éstos.

El parricidio constituyó, frente a la perduellio, el más grave delito privado, siguiéndole posteriormente otros como los de daños, falsedad, hurto, homicidio intencional, perjurio, hechicería, etc.

Se pueden señalar como características importantes del Derecho romano las siguientes:

a) El delito fue ofensa pública, aun tratándose de los delicta privata.

b) La pena constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa, correspondiendo al Estado su aplicación.

c) Los crimina extraordinaria, que integraron una especie diferente de los delitos públicos y privados, se persiguieron únicamente a instancia del ofendido.

d) El desconocimiento absoluto del principio de legalidad o de reserva, originándose la aplicación analógica y, en algunos casos, el exceso en la potestad de los jueces.

e) La diferenciación entre los delitos dolosos y los culposos.

f) El reconocimiento, en forma excepcional, de las causas justificantes de legítima defensa y estado de necesidad. El consentimiento del ofendido se reconoció en ocasiones excepcionales, como causa de exclusión de la antijuricidad, tratándose de bienes disponibles y con relación de los delicta privata.

En cuanto al procedimiento, se adoptó el sistema Acusatorio, con independencia o autonomía de personalidad entre el acusador y el magistrado, estableciéndose el derecho del acusado para defenderse por sí o por cualquier otra persona.¹

1.5 LA VENGANZA PÚBLICA.

En esta etapa se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándosele un carácter eminentemente público. Este es el ciclo en que aparecen leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy diferentes; reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la injusticia; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y estos

¹ . PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa. S. A., México, 1978. p. 50 – 51.

poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositaron de la autoridad y el mando.²

Bajo el Imperio Romano, después del cristianismo, la Iglesia cobró fundamental importancia. El concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de explicación del pecado, convirtiéndose en el medio adecuado, al delincuente, para liberarse del delito. No obstante, a pesar de la bondad de que fue capaz la doctrina cristiana, durante su influencia la pena se transformó en el medio más eficaz para la represión del delito y, aunque parezca paradójico, se tornó día a día más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

El Derecho Penal Canónico cobró excepcional importancia bajo los papados de Gregorio V¹¹, Alejandro 11¹ e Inocencio 11¹. Asume en esta época una gran trascendencia laica, ofreciendo protección su derecho de asilo, consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese asilado, cometía un delito de lesa majestad. El delito de herejía da especial significado a lo dicho, por cuanto con él se advierte que el Derecho penal canónico deja de ser un mero derecho disciplinario, ya que al principio sólo consistía en la facultad otorgada a los obispos, de decretar la excomunión del transgresor. El fuero personal se impone en definitiva, de tal manera que, cualquiera fuera del delito cometido, el

² CUELLO Calon. cit.por PAVÓN Vasconcelos, francisco. OB. cit.. p. 32-33

sacerdote debía ser juzgado por sus partes, conquista a la que se llegó reconociendo primero ese privilegio solamente a los obispos para extenderlo después a todos los clérigos, existiendo un periodo intermedio en el cual ciertas categorías de religiosos, antes de ser juzgados por un tribunal laico, debían ser depuestos por la Iglesia. Asimismo, la competencia de los tribunales eclesiásticos aumento en tal forma que, por razón de la materia, intervenían aun en los casos en que el delito fuese cometido por un laico. Cuando el hecho delictuoso atacaba la religión, esa jurisdicción era indiscutida, no ocurriendo lo mismo con otras infracciones en que su jurisdicción resulto cuestionada. En plena Edad Media, entre los siglos XI y XV Se produce un resurgimiento del Derecho Romano. Aparecen primero en los siglos XI y XII, los glosadores, que trataban de interpretar y determinar los alcances de las leyes romanas, a quienes siguen, en los siglos XII y XV los llamado postglosadores o comentaristas, cuya labor se oriento, fundamentalmente, a la revisión del derecho vigente mediante la innovación de los textos romanos. A partir del siglo XVI se inicia un nuevo movimiento, el de los prácticos, así llamado por su sistema de aplicar un criterio práctico al estudio del Derecho penal.

1.6 EL PERIODO HUMANITARIO.

En las postrimerías del siglo XVIII aparece la época histórica caracterizada por la revolución en el ámbito filosófico, denominada "Iluminismo", que fue promovida por ideas renovadoras de Locke, Hobbs, Spinoza, Bacon pufendorff, Rosseau, Diderot, Montesquieu, Voltaire y otros, las cuales influyeron notablemente no sólo en lo social y

en lo político, sino también en la humanización de los sistemas punitivos. Estos novedosos pensamientos liberales vertidos por los egregios enciclopedistas, se reflejaron por lo que al Derecho penal atañe, en la distinguida y valiosa obra de César Bonnesana, Marqués de Beccaria (1774) titulada *Dei Delitti e Delle pene*, que constituyó el pórtico a la época científica del Derecho penal. En este libro, su autor enérgicamente combate las crueles e infantiles penas que se ejecutaban; reprueba la aplicación de suplicios y tormentos; pugna por la proscripción de la pena de muerte. Sostiene que los delitos deben siempre estar claramente establecidos por las leyes, y sólo los jueces pueden declarar su violación. Las penas deben ser públicas, prontas necesarias, proporcionadas al delito y nunca atroces.

Admitió además, la protección del delincuente mediante el respeto de específicas garantías procesales.³

La obra de Bonnesana, de enormes proporciones, considerando la situación social y política de su época, irradió sus influjos en forma decisiva hacia la

Humanización del Derecho Penal. Así, en Rusia, en Prusia y Austria, se consignaron legalmente los postulados de este autor; igualmente en Francia, los Códigos de 1871 y el Tercer Brumario, acogieron inmediatamente estos progresistas principios.

³ CORTES Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal, Cárdenas Editores, México.1992, p. 22.

Otro gran movimiento humanizador y de evidente importancia en los sistemas penitenciarios europeos, fue el desplegado por Howard en Inglaterra. Este científico, visitó las prisiones de gran parte de los países Europeos, informándose y recabando datos sobre sistemas empleados y tratamientos impuestos a los delincuentes; todas sus experiencias y sus aportaciones al Derecho, los materializó en su libro titulado "El estado de las prisiones en Inglaterra". Donde describe las terribles condiciones de la vida de los reos, sus penurias físico-morales y la insalubridad de las prisiones, Asimismo, propuso las medidas que considero idóneas en el tratamiento de los presos: clasificación o separación correcta de los reos, enseñanza de la religión, y sistemas apropiados de trabajo, satisfactorias condiciones higiénicas y un régimen alimenticio adecuado. Con Howard se inicio la reforma penitenciaria tendiente a humanizar el sistema de ejecución de las penas, por ello, sus aportaciones sientan las bases, de lo que hoy conocemos como Derecho Penitenciario.

1.7 PERIODO CIENTÍFICO.

Los pensamientos penalísticos expuestos en este periodo contemporáneo, han provocado una profunda transformación del Derecho penal. La aparición de las llamadas ciencias penales: Antropología Criminal, Sociología Criminal, Endocrinología, etc., ha influido notablemente en la concepción del delito, del delincuente y de la pena. El delito, además de constituir un concepto eminentemente jurídico, tiene como causa factores de tipo social e individual. El delincuente, al realizar la conducta solicita, externa su personalidad antisocial. La pena, en esta nueva orientación, se considera que

persigue la prevención general de la criminalidad: reviste también el carácter de medio o conducto por el cual el Estado procura la corrección o resocialización del delincuente, previniendo en lo particular la futura comisión de actos delictivos; por ello, se destaca como principio básico, la adecuación de la pena a la personalidad del delincuente tomando también en consideración las circunstancias de ejecución del hecho punible.⁴

Estas nuevas corrientes, que tuvieron sus antecedentes en el periodo anterior, han adquirido consistencia y seriedad jurídica por el fundamento científico que las explica, siguiendo sus directrices la mayoría de los países que han reconocido sus postulados en las diversas legislaciones punitivas. Ahora bien, desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre la materia penal, puede hablarse del periodo científico. Por ello, es que el antecedente más próximo lo constituye la obra de Bonnesana y es con Francisco Carrara quien, con sus estudios como principal exponente clásico, con que se fundan los cimientos del Derecho Penal moderno.

1.8 HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO.

1.8.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA.

Muy pocos datos precisos se tiene sobre el Derecho penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos

⁴ CORTÉS Ibarra, Miguel Ángel, Cb. Cit., p.24

reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía uniformidad política en las diversas culturas, porque no existía una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres pueblos principales encontrados por los europeos a su llegada a tierras americanas: el maya, el tarasco y el azteca.

En un esfuerzo de sintetizar el comportamiento penitenciario de estos pueblos, deben anotarse como notas comunes su severidad; las autoridades eclesiásticas eran las poseedoras del poder espiritual pero material al mismo tiempo, eran representantes ante sus deidades, pero además ejercían el poder político y aplicaban la imposición de las penas; que en general no aplicaban las de prisión ni los aztecas, su práctica común, era la pena de muerte, y la decisión que tomaban era más bien en el sentido de señalar la forma en que se haría efectiva la muerte del condenado.

En el pueblo azteca, quienes violaban el orden social eran colocados en un status de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud: el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia: al ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras o por el mismo pueblo.

1.8.2 ÉPOCA COLONIAL.

La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes; los integrantes de éstas fueron los siervos y los

Europeos los amos: por más que la legislación escrita, hubiera declarado a los indios hombres libres, ellos no fue su realidad.

Ninguna consideración tuvieron, los usos y las costumbres e incluso la propia legislación rudimentaria de los pueblos conquistados, puesto que el vencedor impuso su voluntad; que llevó a graves desigualdades al indígena. El emperador Carlos V, en la Recopilación de las Indias, trató de hacer respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos de que se opusiera a la fe o a la moral; pero puede afirmarse que la legislación de la Nueva España fue netamente europea.

Múltiples legislaciones españolas se pusieron en vigor: la Legislación de Castilla, las Leyes de Toro, etc., y es en 1596 en que se realiza la recopilación de Indias, pero aún así se mantuvieron los atropellos sobre los pueblos indígenas. Ya que en general, puede afirmarse que la Legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, que en materia penal se traducían en un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, que incluía penas de trabajo en minas y de azotes, la deportación a granjas de cultivo de henequén, procedimientos sumarios. Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la colonia.

1.8.3 MÉXICO INDEPENDIENTE.

La consumación de la independencia mexicana, hizo que la clase dominante se preocupara más por la situación política, por el manejo del poder, que del tratamiento penal; por tanto, no existió un intento de formación de un orden jurídico penal, que lo motivo que las leyes de Indias tuvieran vigencia aún con la independencia de México.

Es hasta 1835, que se codifica la primera legislación penal en México, concretamente, en el estado de Veracruz, fungiendo como un Código Penal Estatal. En orden Federal, habiéndose formulado una comisión redactora en 1862, ésta interrumpió sus labores por la intervención francesa y el Imperio de Maximiliano, puesto que incluso éste mando poner en vigor el Código Penal Francés.

En 1868 se formó una nueva comisión a cargo del Licenciado Antonio Martínez de Castro, quien trabajó teniendo como modelo de inspiración el código Español de 1870; y resultó un ordenamiento nacional que se conoce como código del 71 o código de Martínez de Castro y se afilio, como su modelo, a las tendencias clásicas del Derecho penal, teniendo vigencia hasta 1929.

Siendo presidente de la Republica el Licenciado Emilio Portes Gil, se expidió el código de 1929, también conocido como el Código de Almaraz, por haber presidido la comisión redactora el Licenciado José Almaraz, quien presentó un proyecto fundado en el positivismo,

imperante como corriente ideológico en aquella época. Fue efímera su vigencia (diciembre de 1929 a septiembre de 1931), puesto que el actual Código Penal Federal entró en vigor el 17 de septiembre de 1931, siendo promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio.

1.9 CÓDIGO PENAL DE GUANAJUATO.

El estado libre y soberano de Guanajuato, en el ámbito de su competencia local, posee su propia legislación penal. Habiéndose designado una comisión redactora, es bajo la gubernatura del Licenciado Luís H. Ducoing Gamba, que es publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, número 36 de fecha 4 de mayo de 1978, en que entra en vigor el Código Penal de Guanajuato. Que según su exposición de motivos en el proceso legislativo, se estructuró en dos grandes libros: el primero relativo a la parte general y el segundo relativo a la Parte especial. En el primero se establecen normas generales a todos los delitos y se dividen en seis títulos: aplicación de la Ley Penal, El Delito, La Punibilidad, Aplicación de Sanciones, Extinción de la Responsabilidad y Ejecución. En la parte especial, en el segundo Libro, se ocupa de los delitos en particular.

C A P Í T U L O I I
EL DELITO

II. EL DELITO.

2.1 GENERALIDADES DEL DELITO.

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

Su concepto ha variado en el tiempo, según la doctrina y las legislaciones; sin embargo, en términos generales se reconocen ciertas notas esenciales, los llamados elementos constitutivos del delito, que serán materia de estudio en capítulo por apartado. Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está 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.

Encontrar una definición del delito fincada en sus elementos intrínsecos e inmutables es de suma dificultad, para el maestro Cuello Calon, la noción del delito está en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada Siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstos, y por consiguiente es muy posible que lo penado

ayer como delito se considera hoy como lícito y viceversa. Es, pues inútil buscar una noción del delito en sí.⁵

2.2 CONCEPTUALIZACIÓN.

Como se anotó en el párrafo anterior tratar de establecer una conceptualización universal del delito es prácticamente imposible; sin embargo, existen diferentes conceptos, según la corriente ideológica a la que pertenece, siendo las principales las que a continuación se desarrollan.

2.2.1 NOCIÓN CLÁSICA DEL DELITO.

Francisco Carrara, como principal exponente de la Escuela Clásica del Derecho Penal, definió al delito como la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.⁶

De esta forma, Carrara visualizó al delito no como un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente en la violación del derecho. Llama al delito infracción a

⁵ CUELLO Calon, Eugenio, Derecho Penal, Edit, Porrúa, S.A., México, 1986,p.254.

⁶ CASTELLANOS Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit, Porrúa, S. A., México 1987, p. 125

la ley, para distinguirlo con la moral, el pecado, la violación a la ley divina; violenta una ley del Estado, porque ésta ha de ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y es además obligatoria, para hacer énfasis que el delito tutela la seguridad de los componentes de una sociedad.

2.2.2 NOCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DELITO.

Con el movimiento positivista reflejado en las ciencias humanísticas; fue principalmente Rafael Garófalo, promotor del positivismo en el Derecho Penal; así, este autor, conceptualizo al delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

Garófalo, considera que, su noción de delito, comprende una variabilidad de hechos; así, son ofensas al sentimiento de piedad, el homicidio, las heridas, mutilaciones, malos tratos, estupro, enfermedades provocadas, secuestros, injurias, calumnias, seducción de doncellas, etcétera. Son ofensas al sentimiento de probidad los robos, incendios, daños, estafas, falsedades, etcétera.

Garófalo, hace además una distinción entre el delito natural y el artificial o legal; entendiéndose a éste como toda conducta reputada delictiva por la ley sin ocasionar ofensa a los sentimientos de piedad y

probidad; tales son los delitos políticos, aquellos que hicieren el sentimiento religioso o el honor, etcétera.

Ignacio Villalobos, hace una enérgica crítica al pensamiento positivista de Garófalo, cuando expone: " la esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero, la esencia del delito la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad de la convivencia humana, etcétera, por tanto, no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa, cada delito es particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso. La delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada en la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir en la naturaleza.⁷

De esta forma, tenemos que la noción del delito natural no satisface ninguna función pragmática, por lo que resulta inútil; porque ningún interés jurídico tendría el concebir una específica conducta como delito natural si no encuentra ésta su estimación delictiva en la ley objetiva; razón por la cual, el pensamiento del positivista Garófalo, no es útil para definir el delito.

⁷ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, S.A, México, 1988 p.1960.

2.2.3 NOCIÓN JURÍDICO FORMAL DEL DELITO.

La definición jurídica del delito debe ser, obviamente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, porque ellos corresponden a otras ciencias.

Se afirma, que 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, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

2.2.4 NOCIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL DEL DELITO.

En torno al estudio jurídico de la sustancia del delito, son dos principalmente las corrientes al respecto: unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica.

La primera postura, la unitaria, considera que el concepto delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble, En cambio, en la segunda postura, en la analítica, se estudia al ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; sin que ello debe implicar, por supuesto, la negociación de que el delito integra una unidad.

En cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras algunos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos; por lo cual surgen conceptualizaciones, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc.

Pese a lo anterior, la noción formal del delito excluye la incorporación de elementos que conforman la esencial naturaleza del delito, lo que no ocurre así en la noción jurídico sustancial, porque ella precisa el fondo, la esencia, los elementos medulares que definen al concepto.

Mezger, elabora una definición jurídico sustancial, al expresar que "el delito es la acción típicamente, antijurídica y culpable." ⁸

Cuello Calón, siguiendo esta postura, afirma del delito que: "es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible." ⁹

Por su parte, Jiménez de Asúa, el maestro penalista mexicano, expresa al respecto que: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." ¹⁰

⁸ MEZGER, citt,POR Castellanos Tena, Fernando, ob. Ct.p. 129

⁹ CUELLO, Callon, Cit. Por castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. P. 129

¹⁰ JIMENEZ De asua, Cit. Por CASTELLANOS Tena, Fernando. Ob. cit. P. 130

Como se puede desprender de las conceptualizaciones doctrinarias que refieren los citados autores, el delito es un concepto jurídico sustancial en cuanto a que se integra por múltiples elementos constitutivos, cuyo número puede variar de acuerdo a cada opinión, pero que se presentan notas esenciales comunes.

2.3 DEFINICIÓN LEGAL DEL DELITO.

En materia del fuero federal, es decir, en el Código Penal Federal, se nos suministra una definición formal del delito; cuando se conceptualiza como: "El acto u omisión que sancionan las leyes penales", ello conforme a su artículo 7º.

En nuestro ámbito local, el Código Penal del Estado de Guanajuato, en su artículo 11, se define como: "es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y".

De esta forma, se tienen que los elementos esenciales del delito son:

- Conducta.
- Tipicidad.
- Antijuridicidad.
- Imputabilidad.
- Culpabilidad.
- Punibilidad.

Igualmente, como aspectos negativos del delito, es decir, circunstancias que originan la no aplicación del Derecho Penal, por causas que eliminan la integración del ilícito penal, son:

- Ausencia de Conducta.
- Ausencia de Tipo.
- Causas de Justificación.
- Causas de Inimputabilidad.
- Causas de Inculpabilidad.
- Excusas Absolutorias.

En el siguiente capítulo, se desarrollarán cada uno de los aspectos integrantes del delito así como por oposición las notas que eliminan su integración.

CAPÍTULO III
ELEMENTOS DEL DELITO

III. ELEMENTOS DEL DELITO.

3.1 LA CONDUCTA.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Así pues, consiste en el peculiar comportamiento del hombre que se exterioriza en una actividad o inactividad, un hacer o no hacer que son plenamente voluntarios.

3.1.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.

Suele aplicarse, para designar a este primer elemento del delito, los términos conducta, acto, hecho, acción etcétera. Se considera mejor acertado el concepto conducta; ya que como lo expresa Mariano Jiménez Huerta, tal palabra es significativa de que todo delito consta de un comportamiento humano.

Es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda.¹¹

¹¹ JIMÉNEZ De Asúa, Luís, Tratado de Derecho Penal, T 111, Edit, Porrúa, S.A., México, 1992, p. 291.

El elemento esencial de la conducta es la voluntad; por ello existirá conducta en la medida en que haya voluntad, ya que es la única que tiene relevancia para el derecho penal, dado que el hacer o no hacer son producto del sujeto en un orden psicológico y como consecuencia traerá aparejado un resultado.

3.1.2 LOS SUJETOS DE LA CONDUCTA.

La doctrina establece como sujetos de la conducta: activo o pasivo; según sea aquél que ejecuta el delito o quien resiente el daño causado.

Así, tenemos que la conducta que implica un proceso volitivo e intelectual, supone la persona física individual como única capaz de realizarla. Es inatendible afirmar que los animales o cosas carentes de voluntad y de razón puedan ser considerados como sujetos de conducta, pero no puede negarse el hecho de que en tiempos pasados se consideró a los animales como agentes activos del delito. Es, pues, la persona física individual, único sujeto activo de la conducta.

Por cuanto, al sujeto pasivo de la conducta, es la persona que sufre o resiente la afectación de la conducta delictuosa.

Debe distinguirse entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del daño. El primero, es el titular del derecho violado y

jurídicamente protegido por la norma; mientras que el sujeto pasivo del daño, son aquellos que sin ser titulares del derecho violado, resisten el perjuicio causado por la acción criminal. Frecuentemente coincide el sujeto pasivo del delito y del daño, como en el delito de robo; sin embargo, pueden darse delitos, en donde no coincida tal situación, por ejemplo en el homicidio, el occiso es el sujeto pasivo del daño del delito y sus deudos, sujetos pasivos del daño.

3.1.3 LOS OBJETOS DE LA CONDUCTA.

Se distinguen dos tipos de objetos: material y jurídico.

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

El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan.

3.1.4 ELEMENTOS DE LA ACCIÓN.

La conducta delictiva reviste dos formas: acción y omisión. Por lo cual, a continuación se anotan conceptos básicos y elementales respecto de la acción.

La acción consiste en un hacer, en una actividad voluntaria, expresada mediante movimientos corporales, con violación a una norma prohibitiva penal. De lo anterior se desprenden los elementos medulares de la acción: Actividad o movimiento corporal y voluntariedad en el actuar.

3.1.5 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN.

Los penalistas han dividido la omisión en: Omisión simple y comisión por omisión.

La omisión simple radica en la abstención voluntaria de un no hacer aquello que se debe ejecutar por imponerlo así la Ley Penal. En la acción se viola un precepto prohibitivo; mientras que en la omisión un precepto de carácter dispositivo, un deber hacer, por lo cual, se infieren como los elementos de la omisión simple: la inactividad o abstención y voluntariedad, el deseo expreso de no actuar.

En los delitos de comisión por omisión, el agente viola una norma prohibitiva, omitiendo realizar la conducta que evitaría la producción del resultado dañoso; por ejemplo, la madre desnaturalizada que no desea al hijo recién nacido, omite alimentarlo, consumando así su propósito homicida. Mediante el supuesto referido, se puede desprender que la diferencia entre la omisión simple y la omisión por omisión, radica en que esta última, produce un daño material y perceptible a los sentidos.

3.1.6 AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta se presenta cuando la acción u omisión se realizaron involuntariamente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos y que se presenta en los siguientes casos:

a) Vis Mayor: es la que proviene de la naturaleza, de una energía no humana y que está fuera de nuestra voluntad.

b) Vis Absoluta: es la fuerza física que actúa sobre un individuo que lo arroja involuntariamente a realizar algo.

c) En aquellos casos cuando falta la voluntad como determinante, como lo sería por sueño, hipnotismo y sonambulismo.

3.2 TIPICIDAD.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Elemento esencial del delito cuya ausencia impide su configuración, la palabra tipicidad deriva de tipo. Y se insiste, en que consiste en la descripción legal de un delito.

Existe por lo tanto, implícito en el tipo un deber, que es aquel que se viola cuando la conducta se realiza. Sea así que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a una conducta descrita, luego entonces no habrá delito sin tipo.

3.2.1. FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.

Se puede decir que las creaciones legislativas que no describan con precisión la conducta que se está reprimiendo, son normas violatorias de garantías individuales, por lo tanto, infringirán la Constitución Federal.

La teoría de la tipicidad parte del consabido Principio: "Nullum crimen sine lege penale", que en nuestro Derecho encuentra su expreso reconocimiento en el Artículo 14 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.2.2 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.

Los tipos penales han sido clasificados mediante infinidad de criterios, según cada autor los vislumbra; sin embargo, debido a su utilidad práctica, pueden ser divididos en: normales y anormales, básicos y especiales; complementados y privilegiados.

* Normales y anormales: Los tipos normales se caracterizan por involucrar elementos puramente objetivos (homicidio). Los tipos anormales incorporan componentes de índole subjetivo (rapto), o de índole normativo (estupro).

* Básicos y especiales: Es básico cuando los elementos descriptivos son el fundamento esencial de otros tipos esenciales (homicidio). Tipos especiales parte y se desprenden de la figura básica, por ejemplo el infanticidio que se desprende del homicidio.

* Complementarios y privilegiados: El tipo complementario es un tipo básico, que sin perder su autonomía, ocasionalmente se agrava en la penalidad por parecer determinadas circunstancias, por ejemplo un homicidio con premeditación, se convertirá en un homicidio calificado. En otros casos, la penalidad del tipo básico es atenuada, entonces se trata de un tipo privilegiado, como por ejemplo el homicidio en riña.

3.2.3 AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD.

Cabe nombrar que existe también el aspecto negativo de la tipicidad y que consiste en:

- 1) Ausencia de tipo: no existe la figura penal.
- 2) La falta de adecuación típica: existe un tipo penal pero la conducta examinada no encuadra esencialmente en el tipo.

3.3 **ANTI JURIDICIDAD.**

La antijuridicidad se traduce en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Es un elemento esencial del delito y es trascendental para el desarrollo de las justificantes que contempla nuestra ley.

3.3.1 ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

Franz Von Liszt elaboró una tesis dualista de la antijuridicidad. Afirma que este constitutivo elemento del delito es contemplado bajo dos aspectos:

* La antijuridicidad material: Mediante una conducta contraria a la sociedad, Lo característico, es la violación de las normas ético-sociales, aceptadas por el Derecho.

* La antijuridicidad formal: Cuando la conducta del sujeto transgrede una infracción a la ley objetiva establecida por el Estado. Se caracteriza por la oposición de la conducta del activo a la ley, reconozca ésta, o no, normas de cultura. ¹²

3.3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Así que cuando falta, se puede decir que no hay delito, que el hecho se justifica; esto es, que hay una causa de justificación.

La antijuridicidad implica lo contrario al Derecho y comprende la conducta sólo en su fase externa debido a que es un elemento objetivo, pues atiende únicamente al acto; pero no hasta que la realización de una conducta sea típica, requiere por tanto, que vaya en contra de las disposiciones normativas.

Este elemento le da al acto una valoración relevante, pues cuando se comete un delito, por ejemplo, el juzgador con base a lo anterior resolverá, determinando si existido alguna justificante que haga que la

¹² VON Liszt, Franz Cit. Por CORTES Ibarra, Miguel Ángel, ob. Cit. p.184.

pena sea menor, a razón de la estimativa de dicho acto. Entonces se puede decir que el deber está implícito en el tipo, por lo tanto, la antijuridicidad es el contraste objetivo entre la conducta y el deber.

Una de las causas que excluyen la antijuridicidad es la legítima defensa que viene a ser una defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Aquí nos encontramos ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentra de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, ya que es justo y lícito que éste se defienda; y entonces su acción no es antijurídica y por lo tanto no hay delito. Se debe tomar en cuenta que la agresión o el ataque deben ser ilegítimos, es decir, contrarios a Derecho, ya que cuando estos son legítimos no cabe la legítima defensa, de modo que cuando la conducta del atacante está justificada, la defensa realizada contra él, no es legítima.

El estado de necesidad, es otra causa de justificación que consiste en el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. Así el aborto terapéutico y el robo de famélico con causas de justificación.

Otra causa de justificación es el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, que nuestra legislación penal federal contempla y que pueden comprenderse como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de

tratamientos medico quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.

El impedimento legitimo, también es causa de justificación y opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal. El comportamiento aquí es siempre omisivo, prevaleciendo el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que se establece el deber de realizar la acción.

3. 4 IMPUTABILIDAD.

Es la capacidad de entender y de querer o bien de comprender el carácter ilícito de la conducta y determinarse conforme a esa comprensión. Se es imputable cuando se es capaz para responder ante el Derecho Penal.

La imputabilidad es un concepto psicológico-jurídico por tener los atributos necesarios para entender, conocer y representar una conducta, todo dentro de un concepto mínimo de la capacidad; ya que no se requiere que el sujeto sea extraordinariamente inteligente para conocer lo improcedente de su conducta, por ejemplo cualquier individuo sabe que matar a otro es ilícito.

3.4.1 IMPUTABILIDAD PRESUPUESTO O ELEMENTO.

Tanto el hablar de imputabilidad como de culpabilidad, nos lleva a aspectos internos, psicológicos del hombre; es por ello, que parte de la doctrina penal, se ocupa de afirmar que la imputabilidad no es un elemento autónomo, sino presupuesto de la culpabilidad, lo cual, conforma a la definición del artículo 1 del Código Penal de Guanajuato, no es así.

La imputabilidad hace referencia a propiedades de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse el delito para tenerlo como capaz de responder al estado de su ilícito obrar. La imputabilidad se presenta en abstracto, no en concreto, como la culpabilidad. Un sujeto puede ser imputable y además cometer un delito; en cambio, la culpabilidad reclama necesariamente una conducta típica y antijurídica.

3.4.2 LA INIMPUTABILIDAD.

El aspecto negativo de la imputabilidad consiste en el estudio que se hace a los sujetos que son incapaces como lo es el caso de aquellos que padecen una enfermedad mental que perturbe la conciencia, que es la facultad intelectual que permite al hombre vincularse con el mundo exterior; así que cuando la conciencia se perturba se afecta la facultad de entender y de querer, el sujeto no responderá de sus actos porque no es capaz.

La conciencia se perturba como ya se expuso anteriormente, por una enfermedad mental o por una enfermedad no mental; en este último caso, es poco probable que se anule totalmente la capacidad de entender y de querer; como lo es el caso de una emoción violenta, ejemplo de ello, cuando un sujeto encuentra a su mujer con otro individuo en el lecho matrimonial, si el sujeto es normal sufre una perturbación en la conciencia, pero no anula en su totalidad su capacidad de entender y de querer. La grave perturbación de la conciencia es sin base patológica, esto es, sin enfermedad mental, dicha perturbación sólo disminuye su capacidad; entra aquí lo que la doctrina llama imputabilidad disminuida, así que el sujeto si será castigado penalmente, pero en menor grado.

La grave perturbación de la conducta se puede presentar como ya se explico, por una enfermedad mental o bien, por causas distintas a ella, como es el desarrollo psíquico retardado que proviene de una causa anormal si se refiere a una enfermedad mental y puede tener como consecuencia la imputabililidad o la inimputabilidad disminuida, según sea el caso. Aunque la falta de desarrollo puede ser también origen de una causa normal como lo es la edad, por ende, el sujeto no está desarrollado ni física, ni mentalmente y como consecuencia de ello, no tendrá la capacidad de entender y de querer en forma completa, los niños tienen un desarrollo psíquico incompleto y eso no es una situación anormal porque con el transcurso del tiempo, el desarrollo existirá y se sabrá si el sujeto es capaz o no.

Se puede dar el caso de que el sujeto sea normal, pero el medio ambiente sea un factor determinante para que aquél se trastorne; como el sujeto que vive totalmente aislado del mundo social.

El miedo grave también es considerado como causa de Inimputabilidad y obedece a proceso causales psicológicas, se engendra en la imaginación. Con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye causa de inimputabilidad, puesto que afecta la capacidad y aptitud psicológica.

Por último, las personas menores de 16 años son considerados inimputables en virtud de que a esa edad son materia dúctil, susceptible de corrección, en caso de que cometieran alguna conducta ilícita. De esta forma se les llama menores infractores y normalmente son internados en los Consejos Tutelares para que puedan ser readaptados a la sociedad.

3.5 LA CULPABILIDAD.

La CULPABILIDAD es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Es el elemento esencial del delito más complicado, porque es de carácter subjetivo, es decir, es una cuestión interna derivada de la mente del sujeto; los otros elementos son objetivos.

Aquí el problema es saber cual es la intención del Individuo, si es o no cometer el hecho.

Así pues, la culpabilidad es el nexo que existe entre el sujeto, su mente y el resultado de su hecho.

3.5.1. FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad es una posición psicológica del sujeto, valorada jurídicamente, que lo liga con su acto o resultado. Pero esta posición no presenta exclusivos aspectos psicológicos, sino que algo de normativismo, debe contemplarse jurídicamente.

La culpabilidad, pues, no es un concepto psicológico puro, sino que también lleva inmerso en su profunda esencialidad un inminente carácter jurídico. Sólo se es culpable de conductas reconocidas por el Derecho Penal como delictivas. Por ello, sin substraernos del aspecto jurídico, esa posición del sujeto, ese nexo psicológico que lo vincula con el hecho realizado, reviste dos formas clásicas: Dolo y Culpa, excepcionalmente, se ha reconocido una tercera forma: la preterintención.

3.5.2 EL DOLO Y SUS ELEMENTOS.

Para Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.¹³

¹³ CUELLO Calón. Eugenio. Cit, por castellanos Tena, Fernando. Ob., cit. P.339.

Los elementos estructurales del dolo son: El elemento volitivo (voluntad de realizar el acto) y el elemento intelectual (conocimiento de que se quebranta el deber).

La doctrina penalista, coincide en clasificar al dolo:

a) Directo (la persona quiere el resultado y su propósito coincide con el resultado de su conducta).

b) Indirecto (la persona se propone un fin y sabe que además surgirán necesariamente otros resultados dañosos);

c) Indeterminado: (En donde existe una intención genérica de delinquir, puesto que el agente no tiene un propósito delictivo concreto).

d) Eventual: (Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surgen otros no queridos directamente).

3.5.3 LA CULPA Y SUS ELEMENTOS

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Concebida en su sentido más alto y general, puede decirse que hay culpa en toda conducta voluntaria lícita o ilícita, realizada con imprudencia o negligencia, que ocasiona un resultado antijurídico no previsto, pero no querido ni sentido.

No se quiere el daño, pero éste se causa como consecuencia de no observar ciertas cautelas. De lo que se pueden desprender como notas esenciales de la culpa: la conducta humana; el daño típico penal; la falta de previsión del resultado siendo previsible, y la relación de causalidad entre la conducta y el daño causado.

Existen dos clases de culpa:

a) Culpa consciente: se prevé el resultado como posible, pero no sólo lo quiere, sino que abriga a la esperanza de que no ocurrirá.

b) Culpa inconsciente: No se prevé un resultado posible.

3.5.4 LA PRETERINTENCIÓN.

En la preterintención el resultado típico sobrepasa a la intención del sujeto. En forma ecléctica, la legislación penal da origen a una tercera forma de culpabilidad; donde una intención dañosa sobrepasa el resultado consentido, dando lugar a la preterintención.

Aún cuando la mayoría de las legislaciones penales conservan como una de las formas de la culpabilidad a la preterintención, la tendencia actual, es que tanto la doctrina como la ley, tienden a hacer desaparecer esta tercer forma, al explicar que la intención criminal original se sobrepone al resultado ocasionado, porque finalmente el sujeto activo ejecuto el ilícito dolosamente.

3.5.5 LA INCULPABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad es el error, que se define como, la falta de congruencia entre el pensamiento y la realidad.

Existen diversas clases de error:

a) Prohibición legal: Existe equivocación respecto a la conducta prohibida por la Ley.

b) De tipo: Se sabe que la conducta está prohibida, pero se tiene la seguridad de que a los actos realizados les falta algún elemento para que se configure el tipo, solo así es culpable.

c) Justificantes putativas: Las circunstancias reales hacen que se está obrando con causa de justificación, que al no ser verdaderas, llevan el nombre de putativas.

d) No exigibilidad de una conducta diversa: De acuerdo con las circunstancias concretas, no es posible exigir a la gente que obre de distinta forma.

e) Caso fortuito: Se comete el delito por causas que están fuera de la voluntad del activo.

3.4 **PUNIBILIDAD.**

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Es una idea más desarrollada, la punibilidad se traduce en imponer una sanción a quien se hizo merecedor de ella en virtud de la realización de una conducta que esté tipificada como delito por la Ley Penal. Por lo tanto, este elemento es el que integra a la pena.

Algunos autores sostienen que a la imposición de la pena va a depender en la mayoría de los casos a la gravedad del hecho delictivo, es aquí donde la Ley Penal Estatal. Creó la institución llamada individualización de la pena que contempla en su precepto número 89, y que el juzgador, de acuerdo a su libre arbitrio decidirá el monto de la pena que se le debe aplicar a un sujeto; dichas circunstancias serán primordiales en tanto que no sean constitutivas del delito o

modificadores de la responsabilidad de aquél que se encuentra bajo un proceso penal.

3.6.1 ELEMENTO O CONSECUENCIA DEL DELITO.

Se ha discutido, si este elemento último del delito surge como consecuencia de aquél o es esencial, o característico del mismo y es innecesario tratar de buscar solución diferente al caso, cuando de sobra sabemos que no habrá delito sin pena, a excepción de que se dicte una absolutoria; (producto de diversas razones como el caso de que exista una eximente a favor del procesado) a lo que se le conoce como el aspecto negativo de la penalidad. De aquí que la punibilidad sea elemento esencial del delito.

3.6.2 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

El aspecto negativo de la punibilidad es llamado en la legislación y en la doctrina como excusas absolutorias; estas son causas que fundadas en necesidades sociales eliminan la punibilidad y, consecuentemente, al delito mismo, excluyendo la incriminación de la conducta.¹⁴

¹⁴ CORTES Ibarra, MIGUEL Ángel, Ob. cit., p. 364

Mediante esta figura al autor se le releva de toda responsabilidad por razones de política criminal, tales como afectos parentales, utilidad social, inexigibilidad de otra conducta, etcétera. En todos estos casos se presume que el sujeto activo no revela seria peligrosidad como para hacerse merecedor de la pena.

Carrancá y Trujillo clasifica las excusas absolutorias en las siguientes modalidades:

a).- Excusas en razón de móviles afectivos revelados; por ejemplo, en el Encubrimiento realizado por aquél con vínculos parentales con quien encubre.

b).- Excusas en razón de copropiedad familiar; por ejemplo, el robo entre parientes afines (el yerno roba a la suegra), o bien, entre descendientes consanguíneos (el hijo que roba al padre).

c).- Excusas en razón de maternidad consciente; por ejemplo, no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada.

d).- Excusas en razón de interés social preponderante; por ejemplo, al rebelde que deponga las armas antes de ser capturado, no se le castigara por el delito de rebelión.¹⁵

¹⁵ CARRANCA y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, T. II, Edit. Porrúa, S.A., México 1988, p. 433

Así pues, para estar en presencia de un delito, se requiere que se actualicen todos y cada uno de los elementos positivos integrantes de la figura criminal, y por tanto, que no existan circunstancias excluyentes o eximentes de la responsabilidad. Entendiendo el concepto delito y sus componentes, en el siguiente capítulo se analizará lo relativo a sus formas de aparición, a los grados de participación y a la vida misma del delito.

C A P Í T U L O I V
EL DELITO Y SU EJECUCIÓN

IV. EL DELITO Y SU EJECUCIÓN.

4.1 NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN.

Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito sin que el tipo requiera esa pluralidad. Dos o más hombres realizan un mismo delito.

Los tipos plurisubjetivos no pueden colmarse con la conducta de un hombre, sino necesariamente por la de dos o más.

En los delitos unisubjetivos por naturaleza, es dable, como ha quedado asentado, la corriente de varios agentes y sólo entonces se habla de participación de personas en la comisión del ilícito penal; así, haciendo referencia al mismo delito de homicidio, si diversos individuos intervienen, tanto en la plantación 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 al concurso eventual o participación. Si la estructura del tipo requiere de dos o más sujetos activos, se integra el concurso necesario; por ello, al definir ante la participación se anota que el tipo legal no imponga la pluralidad.

4.2 NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN.

En el delito realizado por varias personas, solo deben tenerse como delincuentes quienes convergen con su influjo a la acusación del hecho descrito por la ley.

En cuanto a que es preciso analizar si el comportamiento de quien contribuyó a constituir la causa productora del resultado quedo matizado de delictuosidad, en función de todos los elementos del ilícito penal.

Von Buri¹⁶, nos habla de verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su conducta en la concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.

Diversas doctrinas pretenden desentrañar la esencia de la participación, las cuales son las siguientes:

a) TEORÍA DE LA CAUSALIDAD.

Con base en la causalidad se intenta resolver el problema de la naturaleza de la participación, al considerar code delincuente a quienes contribuyen, con su aporte, a formar la causa del evento delictivo.

¹⁶ VON Buri, cit, por CASTELLANOS, Fernando. Ob.cit., p.294

b) DOCTRINA DE LA ACCESORIEDAD.

Recibe este nombre, porque considera autor del delito sólo 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 tiene como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de lo principal.

El delito producido por varios sujetos, único e indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondientes a los partícipes.

c) TEORÍA DE LA AUTONOMÍA.

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 en la ejecución de un delito, ya no son partícipes, abida cuenta de la autonomía de la conducta, por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Solo son admisibles individualmente las causas excluyentes de responsabilidad, o las calificativas y modificativas. Esta corriente es calificada como pluralística por admitir varios delitos.

4.3 GRADOS DE PARTICIPACIÓN.

La participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Evidentemente si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de esta idea surgen las llamadas formas de participación.

Francisco Carrara distingue entre responsables Principales y accesorios; dice que el autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto de quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.¹⁷

Si alguien ejecuta por si solo el delito, se le llama simplemente autor: si varios lo originan, recibe el nombre de coautores.

Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aun cuando contribuyen secundariamente, en su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

¹⁷ CARRARA, Francisco. Cit. Por CASTELLANOS Fernando. Ob. cit., p. 296

Sebastián Soler habla de los autores mediatos para señalar aquellos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad.¹⁸

Como forma de participación también tenemos el mandato y este existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La orden no es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior con abuso de su autoridad. La coacción se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. Y finalmente, el consejo es la instigación que hace alguno para inducir a otro a cometer un delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador.

La asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.

Maggiore clasifica las formas de participación según el grado, la calidad y la eficacia:¹⁹

A) SEGÚN EL GRADO: la participación puede ser principal y accesoria; mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.

¹⁸ SOLER. Sebastián. Cit. Por Castellanos, Fernando. Ob. Cit., p. 295.

¹⁹ MAGGIORE, cit. Por CASTELLANOS Fernando. Ob. Cit., p.298.

B) SEGÚN LA CALIDAD: la participación puede ser moral y física; comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez, la instigación, el consejo y la asociación.

C) EN RAZON DEL TIEMPO: la participación anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en ella lleva cada partícipe; concomitante, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito, y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo.

D) SEGÚN SU EFICACIA: la participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para la comisión, el concurso de personas. La participación es moral cuando atiende al carácter psíquico o moral del aporte del autor principal; es física, si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

4. 4 EL ENCUBRIMIENTO.

Si consideramos a la participación como la vinculación de los sujetos que intervienen en la preparación o ejecución del delito, evidentemente no puede ser considerado el encubrimiento como una forma de aquella, salvo el caso excepcional de que la acción posterior al delito haya sido acordada previamente.

Fernández Doblado expresa como consecuencia lógica de vincular el concurso de personas en el delito con la teoría de la causalidad, se excluyo de aquella toda forma de intervención que no tuviera influjo causal en los resultados, es decir, que no hubiera puesto una condición anterior a éste; si bien entre los modos de concurrencia criminal se admiten junto con los anteriores y concomitantes a los posteriores; en este último caso, éstos deben estar ligados al delito en relación de causa a efecto.

4. 5 REGLAS ESPECIALES DE PARTICIPACIÓN.

Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos entonces serán responsables de la comisión del nuevo delito.

Cuando en la comisión del homicidio intervengan tres o más personas, se observarán las reglas siguientes: si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y constare quienes la infirieron, se aplicará a éstos, o a aquél, la sanción como homicidas; si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y no constare quién o quiénes fueron los responsables, se impondrá a todos la misma pena; cuando las lesiones sean unas mortales y otras no, y se ignore quiénes infirieron las primeras, pero constare quienes lesionaron, se aplicará lesión para todos, a menos que justifiquen haber inferido las lesiones no mortales, en cuyo caso se impondrá la sanción que corresponda por dichas lesiones.

No serán responsables en la comisión de un nuevo delito:

- Cuando el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.

- Que dicho delito no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.

- Que no haya sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito.

- Que no hayan estado presentes en la comisión del nuevo delito o, que habiendo estado, hayan hecho cuanto estuviera de su parte para impedirlo.

4.6 CASOS ESPECÍFICOS DE INDETERMINACIÓN DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN.

Al margen de que la doctrina y la propia legislación penal, establecen los diversos grados de participación, con sus características específicas, ya analizadas, se plantean casos muy especiales, en los cuales por su propia naturaleza no se puede determinar en un momento dado con que grado participa cada sujeto, y estos son: la asociación delictuosa, el pandillerismo y las muchedumbres delictuosas.

4.6.1 ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y PANDILLERISMO.

Las asociaciones delictuosas son verdaderas asociaciones cuyo propósito es delinquir. Independientemente de las infracciones que la sociedad llegue a cometer, la simple reunión con tales fines, ya es de por sí, un delito. En la asociación delictuosa no hay participación, sino concurso necesario de sujetos.

Pandilla: se entiende a la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

Pandillerismo, no es un delito autónomo, sino una forma de comisión de otros delitos, que hace aumentar la pena a ellos correspondiente. Por otra parte, en el delito de asociación delictuosa el tipo requiere de una organización con fines delictivos, en tanto que el pandillerismo, se configura sin ese requisito, basta que cometan algún delito tres o más sujetos reunidos.

Debe quedar perfectamente aclarado que si bien, en el pandillerismo no es dable admitir la participación por tratarse de un "concurso necesario de personas", es operante la participación o concurso eventual respecto al o a los delitos cometidos por los pandilleros.

4.6.2 MUCHEDUMBRES DELINCIENTES.

Según Carranca y Trujillo, "mientras la asociación delictuosa se caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictivos, las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente"²⁰

Las muchedumbres delincuentes carecen de organización y se integran de modo heterogéneo; en ellas los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario de que forman parte; los sentimientos buenos desaparecen y quedan dominados por los perversos y antisociales; se produce un proceso de sugestión de miembro, por el que la idea del delito termina por triunfar.

El juspenalista Mariano Jiménez Huerta²¹, señala la existencia de un fondo de inferioridad en la psicología y análisis, con predominio de la vida afectiva sobre el razonamiento; de aquí su impulsibilidad, sugestividad y domesticidad, su simplismo psicológico tendiente a lo malo y cruel, la agresividad sobre la ponderación, las masas carecen de alma superior, exactamente no saben lo que quieren, pero si lo que odian o niegan y están dispuestas a destruir, es nula su capacidad constructiva.

²⁰ CARRANCA y Trujillo, Raúl. Ob. Cit., p.153.

²¹ JIMENEZ Huerta Mariano, Ob. Cit., p..356

Los delincuentes pertenecen a una muchedumbre criminal, o bien, en ocasiones, se trata de sujetos verdaderamente temibles que aprovechan la ocasión para delinquir incorporándose a la masa.

4.7 LA VIDA DEL DELITO.

El delito desde su inicio hasta su plena ejecución, recorre un camino que se origina en una fase interna y concluye en otra de carácter externa; estos mecanismos llevan por nombre el Inter Criminis.

FASE INTERNA: El sujeto, generalmente antes de ejecutar materialmente la conducta delictiva, concibe, delibera y se resuelve; esto constituye la ideación, deliberación y resolución para actuar, como sucesivas etapas del proceso intimo.

En la primera, el sujeto representa mentalmente la realización criminal; surge en él la idea criminosa; una vez concebida, se presenta la deliberación; que se representa como una lucha interna entra la idea malvada y los factores de solidaridad social que rechazan delinquir. Si decide seguir adelante, se presentara la resolución, en esta etapa, sobreviene el triunfo de la idea criminal sobre los sobre los factores que lo limitaban. En general, cualquier etapa de la fase interna no trasciende al Derecho, no tiene aplicación material en la vida social del hombre, por tanto, no es punible.

FASE EXTERNA: Esta se equipara a la manifestación, preparación y ejecución del delito.

Cuando el autor manifiesta su propósito criminal, ésta emerge de su ámbito interno iniciándose así la configuración material-objetiva del delito. En la manifestación, la idea criminal aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes sólo existía en la mente del sujeto.

En la preparación se realizan todos aquellos actos previos a la ejecución: la conducta no entra en la etapa ejecutiva del delito, por ello queda en la zona de la impunidad; a menos de que la preparación constituya por si misma. Un delito diverso al pretendido; por ejemplo, se prepara el homicidio de una persona determinada y para ello se quiere utilizar una arma de fuego de uso reservado a las fuerzas armadas, si el sujeto desiste del homicidio, pero se le descubre el armamento, responderá penalmente por este delito.

En la ejecución, la conducta penetra el tipo delictivo. Presenta dos formas punibles: tentativa y consumación. En la primera, existe un principio de ejecución; en la consumación, la conducta agota plenamente el tipo penal.

4.8 TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.

Hay tentativa cuando se realizan actos encaminados objetiva y subjetivamente a la consumación de un delito, si éste no se produce por la invasión de causas interruptoras, externas y ajenas a la voluntad del agente.²²

Para Carrara la tentativa es un delito imperfecto, incluso, que no agota substanciales elementos materiales y subjetivos necesarios para la consumación. El delito presenta una degradación en la fuerza física, porque no está perfecta la ofensa a la ley.

De la genérica noción de la tentativa, se pueden desprender los siguientes elementos:

a). – Intención de cometer un delito. Existe un propósito criminal en el activo, su conducta va encaminada a tal fin.

b). – Actos dirigidos materialmente a ejecutar un delito: Es el elemento objetivo de la tentativa, se traduce como el conjunto de actos que llevan a una conducta directa y adecuada a darle realidad a un delito.

²² CORTES Ibarra, Miguel Ángel. Ob. cit., p. 371 – 373.

c).- Intervención de causas ajenas a la voluntad del agente que impiden el resultado dañoso: Sólo mediante un ejemplo podemos explicar este elemento, como el tercero que sorprende al ladrón momentos antes de que este extraiga el objeto planeado de una joyería.

La mayoría de la doctrina penal moderna, sostiene que el fundamento de la punición de la tentativa está no sólo en la dañada voluntad del agente que se descubre, sino también en el peligro real que amenazó con causar daños a bienes jurídicamente tutelados. Se habla de peligro porque precisamente no se produce un daño efectivo, pero existe la posibilidad de producir un menoscabo en perjuicio de tercero,

Igualmente, la doctrina establece diversas formas de tentativa; se dice que existe tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno o varios, y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.

Es común confundir la tentativa acabada o delito frustrado con el delito imposible; ésta tampoco produce el resultado y no surge por

causas ajenas a la voluntad del sujeto, sino por ser imposible material y jurídicamente de ejecutar; por ejemplo, pretender “asesinar” al cadáver que se encuentra velando por sus deudos.

Finalmente, ya se anotaba que la consumación es la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. Si los diversos tipos describen hechos o actos humanos, el delito se iniciará desde el momento en que el agente empiece a realizar el supuesto rector del tipo penal respectivo; el resto de los actos quedarán en la etapa impune de preparación.

C A P Í T U L O V
CONCURSO DE DELITOS

V. CONCURSO DE DELITOS

5.1 ASPECTOS PRELIMINARES.

Concurso, desde el punto de vista de sus raíces etimológicas proviene del latín concursus y significa muchedumbre de gente reunida en un lugar.

Desde el punto de vista coloquial o común, esta palabra tiene múltiples significados y una conceptualización es sumamente compleja; puesto que abarca situaciones, desde la existencia simultanea de varios sucesos o cosas; la ayuda para una cosa; la oposición científica, artística, profesional, etc., para disputarse un premio o una obra; la competencia entre aquellos que aspiran a encargarse de la ejecución de algo, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas; sin embargo, los alcances de dicho termino en materia de derecho penal, se encuentran referidos a situaciones concretas y particulares.²³

Así, el término concurso de delitos, significa la concurrencia de varias infracciones derivadas de una sola Acción (concurso ideal o formal), o la concurrencia de varias infracciones derivadas de

²³ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, de Selecciones del Reader's Digest, t.111, México, 1972. p. 840.

actuaciones independientes cuando no ha recaído sentencia por algunas de ellas (concurso material o real)²⁴.

Como se aprecia, aún en la materia en estudio, tiene una compleja conceptualización el término, y no podemos atribuirle un solo significado, debemos atender al supuesto, que regula.

Es frecuente que el delincuente reitere la conducta ilícita violando la misma o diversas disposiciones legales, sin haber sido sancionado por tales delitos; otras veces, con una sola acción produce varias lesiones jurídicas. En estos casos surge la figura denominada concurso de delitos. Existe concurso de delitos cuando la responsabilidad por varios de ellos recae sobre un mismo sujeto, al cual se llama a responder ante el Derecho de sus varias violaciones a la ley, es decir, un individuo resulta cometiendo dos o más delitos como consecuencia de una sola o de varias conductas.

Los problemas del concurso derivan de la conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de los diversos resultados obtenidos a virtud de ella. La primera hipótesis que se ofrece es la de unidad de acción y del resultado, siendo única la acción, el resultado es también único, entonces no hay concurso de delitos, pero pueden darse unidad de acción y pluralidad de resultados (concurso ideal o formal), o bien, la pluralidad de acciones y unidad de resultados (Concurso real o material). Por lo cual, para mejor comprensión de la figura y de sus

²⁴ DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa S.A., México, 1986, p. 170.

diversas modalidades, en apartado especial, se desarrollará cada una de ellas.

Igual problemática resulta al buscar doctrinalmente la ubicación del concurso en la sistemática del Derecho Penal, ya que nada fácil resulta, en verdad, la solución de la ubicación. Si bien, en un principio se acepto como solución, en la dogmática alemana, tratar el concurso de delitos dentro de la Teoría de la Acción, modernamente se estima más adecuado ubicarlo en la Teoría del Tipo, a últimas, fechas se encuadra dentro de las formas de aparición del delito.

5.2 CONCURSO REAL O MATERIAL.

El concurso real de delitos se produce si el agente comete varias acciones distintas que producen diversas infracciones penales jurídicamente independientes; aquí hay pluralidad de fines delictuosos. La diversidad de actos sin dependencia unos de otros y que, por tanto, producen una pluralidad de delitos, es lo que constituye al concurso real.²⁵

Dispone el artículo 28 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, que: "Hay concurso real cuando una persona cometa varios delitos ejecutados dolosa, culposa o preterintencionalmente, en actos distintos."

²⁵ DÍAZ de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, T, I, Edit. Porrúa S.A., México, 1986, p.438.

El dispositivo legal transcrito, recoge la conceptualización doctrinalmente aceptada del concurso real, esto es, una pluralidad de conductas que engendran una pluralidad de delitos. La esencia del concurso real radica en que las acciones son distintas entre sí, perfectamente estructuradas con sus respectivas circunstancias locales, modales, etc.

En otras palabras, existe concurso real siempre que un individuo incurra en la comisión de dos o más delitos, cada uno de ellos plenamente integrado por todos sus elementos. Esos delitos pueden ser homogéneos, es decir, de igual género, por ejemplo dos robos, cometidos por el mismo sujeto a casas vecinas; o bien, heterogéneos, de diverso género, como cuando un sujeto comete un robo y en su ejecución asesina al propietario del hogar que roba, sin que importe el tiempo transcurrido entre las infracciones.

A más de la pluralidad de acciones y de resultados, el concurso real o material, que da lugar a la acumulación, requiere unidad de agente, distintas acciones independientes y ausencia de sentencia firme sobre todas las infracciones acumulables, condición que subsiste cuando uno de los delitos cometidos antes de la condena por otro delito, sea descubierto o se cometa durante el proceso que motive este.

En conclusión, si un sujeto comete varios delitos mediante acciones independientes, sin haber recaído sentencia firme por algunos de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se

configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos homicidios), que con relación a tipos penales diversos (homicidio, lesiones y robo, cometidos por un mismo sujeto).

En consecuencia, se dará el concurso real y por ello la acumulación, cuando concurren los siguientes requisitos: a) Que exista identidad en el sujeto activo; b) que haya una pluralidad de conductas; c) que se dé igualmente una pluralidad de delitos; d) que no exista sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso, y e) que la acción penal no se encuentre prescrita.²⁶

5.3 CONCURSO IDEAL O FORMAL.

Por su parte, dispone el artículo 29 del Código penal para el Estado de Guanajuato, que: "Hay concurso ideal cuando con una sola conducta, dolosa, culposa o preterintencional, se violan varias disposiciones penales."

Así las cosas, el concurso ideal o formal de delitos es la circunstancia que se da cuando con una sola acción se originan diversas infracciones penales (por ejemplo, la bala que lesiona o mata a varias personas), o si el delito cometido es medio para ejecutar otro.

²⁶ PAVÓN Vasconcelos, Ob. Cit., p.487.

Si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales, surge el concurso ideal o formal, y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo, se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

Por tanto, se considera como elementos o requisitos del concurso ideal o formal: a) una conducta (acción u omisión); b) una pluralidad de delitos, y c) el carácter compatible entre las normas en concurso.

Para algunos autores, entre ellos Maurach y Porte Petit, establecen una subclasificación del concurso ideal, exponen que la identidad o diversidad de las lesiones jurídicas distinguen el concurso ideal homogéneo del concurso ideal heterogéneo. En el primero, la misma conducta (acción) cumple repetidamente el mismo tipo; en tanto, en el concurso ideal heterogéneo la unida conducta infringe varios tipos penales.²⁷

Es por ello, que presenta como requisitos del concurso ideal homogéneo: a) Una conducta; b) varias lesiones jurídicas iguales, y c) compatibles entre sí.

²⁷ PAVÓN Vasconcelos , Ob. Cit., p. 488

Y finalmente, son requisitos del concurso ideal heterogéneo, los siguientes: a) Una conducta; b) varias lesiones jurídicas distintas y, c) compatibles entre sí.

5. 4 PUNIBILIDAD DE LOS CONCURSOS.

Conforme al Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato, la punibilidad de los concursos, es en la siguiente forma:

Artículo 30. – En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse, al prudente arbitrio del juez, hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que nunca pueda exceder de treinta años.

Artículo 31.- En caso de concurso ideal se impondrá la sanción del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse, al prudente arbitrio del juez, hasta una mitad más del máximo de su duración, sin que pueda exceder de la suma de las sanciones de los delitos cometidos ni de treinta años. Sin embargo, cuando en un concurso ideal se produzcan varios delitos dolosos que afecten la vida, la salud personal o la libertad física, se castigará con la pena aplicable al concurso real.

En los artículos 30 y 31 del Código Penal se reglamenta la sanción aplicable en los casos de concurso real e ideal respectivamente. Sobre el

particular es interesante recordar que tradicionalmente la doctrina y la legislación han contemplado la existencia de dos grandes corrientes:

I.- La que se inclina por el sistema de la adición y,

II.- La que adopta el sistema de la absorción.

Conforme al sistema de la adición se suman las sanciones que corresponden a cada delito sin límite ninguno. Por el contrario, la absorción consiste en que se impone la pena del delito más grave y con ella se castigan todos los ilícitos cometidos. El Código Penal en vigor, continua manteniendo la diferenciación entre uno y otro tipo de concurso, inclinándose en cuanto a la penalidad, por un sistema ecléctico o de acumulación jurídica, conforme a la cual existe una atemperancia a las dos corrientes prevaecientes (adición y absorción), en el sentido de que se aplicará la pena del delito más grave con la facultad discrecional del juzgador para aumentarla, conforme a los criterios de individualización de la pena, en atención a las sanciones asignadas para los demás delitos cometidos.²⁸

La diferencia en el tratamiento penal que se aplica en los casos de concurso real frente al concurso idea, es en el sentido de que en el concurso real es la reiteración de diferentes conductas delictuosas lo que se traduce en una mayor peligrosidad de parte del sujeto activo.

²⁸ CARDONA Arizmendi, Enrique y Jeda Rodríguez, Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato, Cardenas Editores., México. 1985. p. 133-134.

Mientras que tratándose del concurso ideal lo que se presenta es precisamente una estimación jurídica, ideal o formal, respecto a los plurales resultados que sobrevienen a la realización de una conducta singular; no se puede dejar de considerar que la propia ley otorga facultades discrecionales del órgano jurisdiccional para aumentar la pena, y que haciendo uso precisamente de las reglas de individualización, deberá atribuir una sanción especial para cada caso, en cualquiera de los dos tipos de concurso.

5.5 CONCURSO APARENTE DE LEYES.

En realidad este no integra un concurso de delitos. Se presenta cuando aparentemente dos o más leyes parecen coincidentes con el caso concreto, aplicándose sólo una de ellas por ser ambas excluyentes entre sí. Una acción encuadra en dos o más tipos penales, siendo verdadero solo uno, por enfrentarse entre ellos elementos de destrucción o absorción.

Existen fundamentalmente dos principios lógicos que se aplican para resolver esta clase de conflictos, que frecuentemente se presentan: el principio de especialidad y el de la consumación.

5.5.1 PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD.

Se presenta cuando una conducta delictiva es subsumible en dos o más figuras típicas, siendo que en una de ellas tiene el carácter de especial por contener otros diversos elementos característicos. Es decir, se encuentra la conducta delictuosa absorbida por un tipo genérico y por otro especial, este último tiene todos los ingredientes constitutivos del primero y además otros.

Si la conducta se trata de encuadrar dentro del catalogo de tipos delictivos que integra el total ordenamiento penalístico es subsumible en dos o más tipos, aquel que tenga una particular estructura será el aplicable, ya que es un principio lógico de interpretación que *lex specialis derogat legis generali*. La ley especial incluye, por razones lógicas, a la ley general, pues su sentido lógico hace que en vez de la regla general rija la especial.

La determinación de la naturaleza especial de un tipo frente al carácter genérico de otro, se deduce lógicamente de la simple y abstracta comparación de los mismos. Dos tipos penales se hallan en relación general y especial, cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que se recogen además otros elementos, en virtud de los cuales el tipo especial adquiere lógica y preferente aplicación. Los tipos que entran en aparente conflicto, pueden formar parte de la misma ley o de leyes distintas y puede haber sido creados al mismo tiempo o en época diversa.

El tipo especial, empero, debido precisamente a sus elementos especiales, tiene un radio de aplicación mucho más exiguo: capta un número más reducido de antijurídicas conductas.

En el tipo especial se tutela en esencia el mismo bien jurídico que en el general; de no ser así, no habría ninguna relación lógica entre ellos y la aplicación de uno u otro sería plenamente compatible. En el tipo especial se contienen, además, los elementos especializantes, que son ratio legis de su creación una circunstancia del sujeto activo, una calidad del sujeto pasivo, un determinado elemento finalístico, la coincidente y simultánea protección de otro bien jurídico.

Siempre que entre dos tipos exista una relación de genus ad speciem, el tipo especial ha de recibir preferente y excluyente aplicación. Ninguna influencia tienen para anular o enervar este principio, el monto de la pena que corresponda imponer aplicando uno u otro tipo, pues los tipos especiales se aplican siempre en forma preferente y excluyente, sin tomar en consideración si la pena que fijan es mayor o menor que la que correspondería imponer subsumiendo los hechos en el tipo general.

Un tipo es especial no solo cuando, aun en el caso de que no existirá, la conducta enjuiciada sería subsumible en aquel por inconcurrencia en el hecho de alguno de sus elementos especializadores, la conducta encuadra en el tipo genérico que el específico en su - ratio y en su fin- deriva.

5.5.2 PRINCIPIO DE LA CONSUMACIÓN.

Se presenta cuando un precepto de mayor amplitud comprende el hecho previsto en otro tipo que tiene menor alcance: en este supuesto prevalece la aplicación del precepto más amplio.

Hay conductas que al ser subsumidas en el tipo en que más adecuadamente encuadran, consumen, esto es, destruyen o extinguen el desvalor delictivo plasmado en otro tipo, ya que en aquel yace latente éste. La indicada relación existente entre ambos tipos penales presupone la aplicación de aquel que, conforme a su íntegra y profunda significación, incluye en el caso concreto el desvalor antijurídico del otro: *lex consumens derogat legi consumotae*.

El principio de la consumación no está expresamente declarado en la ley, pero sí insinúa en la voluntad de la misma.

La consunción de un tipo en otro se funda en la ligazón íntima que en el caso concreto existe entre los varios aspectos de la conducta separadamente descritos en los tipos, pues desde el instante en que todo el comportamiento del agente converge a un mismo fin, los parciales aspectos de la conducta descritos en los tipos reflejan grados diversos y comentarios de un mismo antijurídico actuar empujado a una meta única.

Difícil es determinar de manera abstracta los casos en que el proceso de subsunción se resuelve en una conclusión consuntiva.

5.6 DELITO CONTINUO O CONTINUADO.

Delito continuo es el que se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley. El agente realiza análogas o idénticas violaciones penales determinadas en la unidad de un propósito concreto. En realidad el delito continuo no presenta una categoría más de concurso de delitos, por valorarse los Actos realizados como unidad, conformando la existencia de un solo ilícito.

Los elementos que lo integran son los siguientes:

A) PLURALIDAD DE CONDUCTAS:

Es el elemento objetivo. Notable característica del delito continuo es la reiterada ejecución de conductas que por si mismas y contempladas integran una violación penal.

B) UNIDAD DE RESOLUCIÓN O IDENTIDAD DE MOTIVO:

Es el elemento subjetivo. Las conductas ilícitas desarrolladas en intervalos temporales, deben encontrarse centralizadas en un sólo propósito concreto.

Es el caso del cajero de un almacén particular que decide apropiarse de nueve mil pesos, y para que el dueño no lo note, sustrae cien pesos cada día de trabajo. No existirá unidad de resolución, en cambio, en siguiente ejemplo, también del ilustre Jiménez de Asúa: el cajero de un banco se apropia de tres mil pesos para pagar la asistencia de su hija enferma; pero tres meses después necesita otros seis mil pesos, porque la paciente precisa una operación quirúrgica. Los toma de la caja también. Como no hay unidad de resolución, no habrá delito continuado.

La unidad de resolución debe ser concreta, específica; por ello no la bebemos confundir con el propósito genérico de delinquir o de cometer una serie de delitos aun de idéntica naturaleza. No responderá por un delito continuo sino por concurso real, quien se propone realizar un número determinado de robos, aunque coincidan los objetos del delito y el pasivo.

C) UNIDAD DE LEY VIOLADA:

En el análisis de este elemento se han vertido pensamientos discrepantes. Carrara sólo admite el delito continuo cuando las acciones

encuadran en una idéntica disposición legal, por eso lo niega cuando una de las realizaciones configuran la tentativa punible. Manzini, contrariamente, acepta el delito que tratamos, siempre que las conductas ilícitas estén comprendidas en la norma incriminadora principal. Las acciones, sostiene, pueden revestir singularidades de calificación distintas, pero siempre dependiente del mismo tipo fundamental o básico; por ejemplo: existirá continuidad entre el robo simple y el robo con violencia. Si varía la incriminación principal, no habría continuidad; por ejemplo: robo y fraude; constituyen tipos básicos diferentes. Este criterio de Manzini, que ha ganado mayor número de adeptos, admite la continuidad entre consumación y tentativa.

D) UNIDAD DE SUJETO PASIVO:

Tampoco con respecto a este elemento existe uniformidad en la doctrina. Para Carrara lo fundamental es el fin (resolución), no importando que los efectos por los actos dañosos realizados fuesen diversos. Si un ladrón roba simultáneamente varias cosas pertenecientes todas a mí, se ha dicho ser eso un hurto único, si bien recae varias cosas y resulta de varios actos. Pero si alguna de aquellas cosas era de otro propietario, se pretende que el hurto debe citarse continuado.

Esta sutileza no persuade la mente, porque no responde a justicia y porque es falaz la razón con que quisiera abandonarse. No es verdad, en efecto, que en el segundo caso exista la violación de más de un derecho, y en el primero la violación de un derecho solo, porque

también en el primer caso, si el derecho subjetivo es único, es sin embargo, diverso el derecho objetivo; de modo que también entonces podía decirse que resulta violado más de un derecho, ello es, mi derecho sobre la cosa A, y mi derecho sobre la cosa B, que son distintos.

La corriente opuesta sostiene que la unidad del sujeto pasivo es imprescindible en la contextura jurídica del delito continuo. El concepto de multiplicidad de intenciones depende de la multiplicidad de derechos lesionados, Conforme a este pensamiento, el hecho de que los objetos robados pertenezcan a distintas personas, impediría considerar a las acciones realizadas como integrantes de un delito continuo.

La vertiente ecléctica actualmente es la más difundida y la que absorbe mayor número de afiliados. Por parte de las críticas formuladas a los anteriores criterios. El pensamiento de Carrara resulta peligroso, de ahí que ha optado en admitir excepciones al principio general; por otra parte, confunde, el supone que el interés jurídico en cada caso, por ejemplo robo, es el derecho a la propiedad de cada dueño, cuando en realidad el interés transgredido es el derecho de propiedad en general, considerado como exigencia o bien colectivo.

Por lo que respecta a la segunda de las tesis, de aceptar tendríamos que llegar a la conclusión de quien se apodera en un solo acto de bienes pertenecientes a diversas personas comete varios delitos lo cual claramente se ve, es confundir el número de delitos con el de damnificados.

La teoría intermedia acepta en forma incuestionable y como decisivo, el elemento unidad de resolución. El delito mantendrá su naturaleza continua mientras subsista la unidad resolutoria; si la diversidad de sujetos pasivo resultantes en los actos lesivos realizados, suprime esa unidad psíquica, la característica fundamental del delito continuo queda inexistente.

Se considera este criterio el más aceptable. Se aclara con el siguiente ejemplo: un trabajador que labora en un expendio de gasolina y aceite, decide apoderarse diariamente de un frasco que contiene un litro de aceite, hasta completar cinco litros, cantidad que requiere su automóvil. En el lapso de tiempo que media entre el primero y último apoderamiento, el establecimiento y mercancía es adquirido por un nuevo propietario, y aun el agente, conociendo este hecho, consume en número de sustracciones proyectadas. Indudablemente, en este caso, la continuidad del delito se mantiene incólume por no destruir el cambio del sujeto pasivo, la unidad de resolución.

El problema se vuelve más arduo en los delitos contra las personas en su integridad física, en donde es difícil aun en la imaginación contemplar la unidad de resolución (lesiones u homicidio). Es que cada ser representa una individualidad, de manera que al violarse otros derechos (vida e integridad corporal) el sujeto activo conserva en su mente la existencia autónoma del o los pasivos. Sin embargo, en estos casos, excepcionalmente puede presentarse la continuidad delictiva cuando conserva, de acuerdo con las circunstancias externas, la unidad de determinación. Así por ejemplo, sería equivoco

considerar que comete varios delitos separados y de pena acumulable aquél que, amenazado por una multitud, haga contra ella varios disparos, excediendo culposamente el límite de su defensa, o aun cuando en estado emocional, cause con ello resultados múltiples de muerte o lesiones, aquí nos inclinamos a aceptar la continuación, siempre que el reo, con respecto a uno de los sujetos pasivos, no haya obrado por un móvil especial. Sintetizando: la unidad de sujeto pasivo no es necesaria para la existencia del delito continuado; pero cuando el delito se dirige contra los bienes que solo en la persona de su titular pueden violarse, la diversidad de sujetos pasivos entraña diversidad de resolución, que rompen la continuación, salvo alguna rarísima excepción, y salvo también cuando el tipo de delitos requiera, admita o presuponga la pluralidad de sujetos pasivos.

Para terminar este punto, el Código Penal del Estado de Guanajuato en su artículo 14, en lo conducente, dispone: "El delito es continuado cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma conducta procedente de la misma resolución del activo, con unidad de lesión jurídica, pero tratándose de agresiones a la vida, a la salud al honor, a la libertad y a la honestidad se requerirá identidad de sujeto activo".

5.7 PROPUESTA DE DEROGACIÓN AL CONCURSO DE DELITOS.

Es ahora la parte medular del presente trabajo de Tesis, en donde el desarrollo de las ideas y corrientes del pensamiento penal que han sido expuestas, tienen que aterrizar en un planteamiento concreto.

En principio, se considera necesario aclarar qué se entiende por derogación; de esta forma el maestro Rafael de Pina define tal concepto, como: "Privación parcial de la vigencia e una ley, que puede ser expresa (resultante de una disposición de la ley nueva) o tacita (derivada de la incompatibilidad entre el contenido de la nueva ley y el de la derogada).²⁹

Y un concepto que frecuentemente es confundido o utilizado como sinónimo es el de la abrogación, que al decir del citado autor, es la abolición total de una ley. Por lo cual, fácilmente se puede desprender que son conceptos totalmente diversos; en cuanto uno deja sin efecto determinados preceptos de una ley; y el otro, se entiende como la total terminación de la vigencia de la misma.

Si se propone la derogación de los preceptos del concurso de delitos, debe determinarse en que casos y bajo que supuestos, así como cual sería la razón y necesidad de tal derogación.

²⁹ DE PINA Rafael y De Pina Vara, Rafael, Ob. Cit., p. 230.

La necesidad es muy obvia; la procuración y la Administración de la justicia penal muy poco pueden hacer para frenar la incidencia criminal ; la delincuencia común y más aún, la delincuencia organizada ha crecido a pasos agigantados, la crisis económica recurrente, la falta de empleos y de oportunidades, la vida fácil entre la juventud e incluso la influencia dañina de los medios de comunicación: del radio, del cine, de la televisión, invaden a nuestro mundo con escenas de violencia, todo ello, crea un ambiente que parece ya no sobresaltar a nadie, constantemente nos enteramos de la consumación de delitos graves y la sociedad parece llegar a acostumbrarse a estas situaciones; se convierte cotidiano la ejecución de actos delictivos sumamente antisociales y perversos.

A este clima de degeneración y corrupción, la represión policiaca y judicial no da los resultados deseados; por lo cual, las soluciones son de fondo; en una opinión personal, las soluciones se encuentran en los propios instrumentos del estado: en la Ley y en el Derecho Penal. Se requiere. No solo el agravamiento de las penas, como muchos autores y pensadores mexicanos se pronuncian: las reformas penales deben ir más a la esencia de los supuestos.

El artículo 387 del Código de Procedimientos Penales de Guanajuato, se ocupa del Incidente de libertad bajo Caución: establece el derecho del inculpado a gozar de libertad a pesar de encontrarse sujeto a un proceso penal, siendo uno de los principales requisitos para recibir esta posibilidad, el hecho de que no se trate de delito grave y desde luego que garantice su libertad así como los posibles resultados

de la causa penal que le instruye. A efecto de tener seguridad jurídica en el sentido de qué delitos, la propia ley les considera graves, el citado numeral en comento, nos remite al 183 del mismo dispositivo legal; donde se hace un exhaustivo recuento de que conductas típicas tienen tal calidad, y siendo así el procesado no puede gozar de libertad caucional bajo ningún supuesto.

El tratamiento de los artículos 183 y 387 del Código Procesal Penal, me parece afortunado, pude servir de base para lo aquí propuesto, en el sentido de que no podrán concursar conductas comprendidas y catalogadas por la Ley Penal como graves y en tales supuestos, cuando un sujeto activo ejecute más de un delito de los enumerados por el artículo 183 del Código Procesal Penal, no se le aplicarán ninguno de los artículos aplicables al concurso; los numerales del 28 al 31 del Código Penal serán inoperantes para su caso, y en cambio deberá agregarse una nueva fracción al artículo 32 del Código Penal, como otro supuesto donde no exista concurso de delitos, dispositivo que llevaría al procesado a cumplir la totalidad de las penas por delitos graves que haya ejecutado; por ejemplo, si se trata de una persona que secuestro a una mujer (inicialmente secuestro, ya que requirió de recompensa por la libertad de su víctima), pero posteriormente, abusa sexualmente de ella, y finalmente la priva de la vida en una forma sumamente perversa, causándole dolor y tormento; este sujeto deberá ser juzgado y en su caso, sentenciado por los delitos de secuestro, violación y homicidio calificado, existiendo la posibilidad de que compurgue la totalidad de las penas para cada uno de estos graves delitos, lo cual representa una disfrazada cadena perpetua, debido a que muy difícilmente el sujeto tendría vida suficiente para vivir

lo necesario para cumplir las penas privativas de libertad, que en estos términos se hiciera merecedor.

Otra consecuencia de esta propuesta, es que tendría que modificarse los términos del artículo 47 del Código Penal, para suprimir la máxima duración de la pena de prisión de 30 años, para hacer una nueva redacción más acorde a nuestra realidad, por ejemplo, dejando al arbitrio la imposición de la sanción por la suma de penas que resulte de cada uno de los delitos que haya ejecutado y habiéndose fehacientemente comprobados en juicio; por lo cual, la individualización de la pena que contempla el artículo 89 del Código Penal, sería totalmente aplicable y facultaría al juzgador que en plenitud de jurisdicción, con los elementos probatorios de juicio y la situación personal del inculpado, llegar a una sentencia más justa; calificada así no sólo para el propio procesado, sino para una sociedad que reclama justicia y terminar con la delincuencia.

De esta forma, se propone un agregado al artículo 32 del Código Penal del Estado, en los siguientes términos:

Art. 32.- No hay concurso de delitos: V1.- Cuando el sujeto activo ejecute más de una de las conductas delictivas enumeradas por el artículo 183 del Código de Procedimientos Penales de Guanajuato. En consecuencia, deberá compurgar la suma de las penas privativas de libertad de los delitos que fehacientemente queden demostrados en juicio.

Igualmente, se propone la modificación del artículo 47 del Código Penal de Guanajuato, en los siguientes términos:

Art. 47 - La prisión consiste en la privación de la libertad, pena que tendrá una duración definida por los límites legales de cada tipo penal, en atención a su individualización, en los términos del artículo 89 de esta Ley, Recluyendo al sentenciado en la institución que el Ejecutivo del Estado designe.

C O N C L U S I O N E S

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las diversas etapas en la historia del Derecho Penal, son el reflejo de la propia evolución del hombre y de la sociedad que éste integra. Se inició en una etapa antigua, donde la barbarie, la venganza y el poder del más fuerte era la forma de hacer justicia: luego viene una época, donde ante la ignorancia general, preserva el poder de quien representa la divinidad, se imparte justicia como un atemperamiento a lo inexplicable y sobrenatural.

Posteriormente, se sobrepone la etapa en que la Iglesia tenía el pleno dominio del poder y ahora será el Estado público el normador de la vida social del hombre y bajo el pretexto de su salvaguarda se ejecutarán penas desproporcionadas, infamantes y trascendentales. La humanidad recobra la cordura, con los inicios de un Derecho Penal sistematizado en el periodo humanizador del tratamiento punitivo: que finalmente ha de desembocar en una etapa científica: pero que hoy en día, puede ser ineficaz para frenar los índices de criminalidad.

SEGUNDA.- Al estudiar la figura del delito, de sus diversas conceptualizaciones doctrinarias, se observan diversos tipos de vista y de análisis; nociones formales, reales, sociológica, jurídico-formal y jurídico-sustancial, etcétera, lo que demuestra la complejidad de la materia penal y la propia dificultad para entender los conceptos de delito, de la pena y de la delincuencia. Pero no existe duda, en que conforme al Código Penal del Estado, el delito está compuesto por seis

elementos integrantes: conducta humana, antijurídica, típica, imputable, culpable y punible.

TERCERA.- Queda igualmente claro, que el delito se integra por elementos positivos, que ante la presencia de ciertas notas esenciales, existirá una ilicitud criminal. Pero que además, existen elementos negativos, que ante su presencia se excluye la posibilidad de represión penal: la ausencia de conducta, las causas de justificación, la atipicidad o ausencia de tipo, la inimputabilidad, sea por falta de desarrollo físico-mental o por enfermedad grave que perturbe la conciencia; la inculpabilidad, principalmente por el error esencial de hecho, o las excusas absolutorias; cualquiera de estos supuestos van a negar la existencia del delito y aún ante la apariencia criminal del acto, éste no será motivo de persecución ni de represión.

CUARTA.- Las formas de participación son las maneras en que cada individuo se involucra en la comisión de un delito, lógicamente en aquellos supuestos en que su ejecución sea plurisubjetiva; participación que define su comportamiento efectivo en un supuesto y que servirá para reprimir con efectividad a cada uno de los partícipes en el grado que le corresponda, salvo que no pueda determinarse la participación de cada uno y se aplique un castigo general.

QUINTA.- El delito tiene diversas etapas de desarrollo, una fase interna que se caracteriza por el juicio de valor que idealiza el individuo y lo lleva a determinarse en la realización del ilícito; una fase externa, que comienza por exteriorizar su idea criminal, que prepara y le permite

una ejecución efectiva del delito. Igualmente, se recordó que pueden sobrevenir causas ajenas a la voluntad del activo, a pesar de su voluntad tendiente a delinquir, y de esta forma, no materializarse el delito; con la llamada tentativa, que paralelamente a la consumación, tiene eficacia punitiva.

SEXTA.- Así como en ocasiones para la ejecución de uno o varios delitos participan una pluralidad de sujetos activos, en sus diversos grados; cabe también la posibilidad de que un solo individuo pueda cometer varias infracciones en una sola conducta (concurso ideal); o bien, que en el activo puedan concurrir diversas infracciones derivadas de actuaciones independientes pero con la misma voluntad y ánimo delictivo (concurso material).

A estos supuestos, la Ley Penal en vigor los reglamenta bajo el Título concurso de Delitos: la doctrina se ocupa de ellos y establece requisitos para su actualización, pero el tratamiento punitivo es incorrecto porque limita el arbitrio judicial hasta la aplicación de una pena privativa de libertad que jamás será mayor de treinta años; cuando la peligrosidad, antisocialidad y perversidad del sujeto sobrepasa este castigo; y ello sin considerar que el daño causado a la víctima puede ser irreverente e insuperable; situaciones que requieren una nueva orientación acorde a la realidad.

SÉPTIMA.- Considerando lo dispuesto por los artículos 183 y 387 del Código de Procedimientos Penales de Guanajuato: el primero, que hace la enumeración de los delitos graves, que provocan conforme al

segundo de los dispositivos citados, que el sujeto procesado no goce de libertad provisional bajo caución, es un parámetro para reformar los artículos relativos al concurso y derogar su aplicación en tratándose de delitos graves; de esta forma se propone agregar una fracción (la 1V) el artículo 32 y 47 del Código penal, en los siguientes términos:

Art. 32. - "No hay concurso de delitos: V1.- Cuando el sujeto activo ejecute más de las conductas delictivas enumeradas por el artículo 183 del Código de Procedimientos Penales de Guanajuato. En consecuencia, deberá compurgar la suma de las penas privativas de libertad de los delitos que fehacientemente queden demostrados en juicio.

Art. 47.- La prisión consiste en la privación de la libertad, pena que tendrá una duración definida por los límites legales de cada tipo penal, en atención a la individualización, en los términos del artículo 89 de esta Ley. Recluyendo al sentenciado en la institución que el Ejecutivo del Estado designe.

B I B L I O G R A F Í A

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS:

- 1.- AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda. Derecho penal, editorial Harla, México, 1993. p.p. 150.

- 2.- CARDONA Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez, Cuauhtémoc, Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato, Cárdenas Editores, S.A, 2ª Edición. México, 1985. p.p. 235.

- 3.- CARRANCA y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, parte General. Editorial Porrúa, S.A.. 12ª Edición. México 1977. p.p. 634.

- 4.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S. A. , 28ª Edición. México 1987. p.p. 350.

- 5.- CORTÉS Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal. Parte General, Cárdenas Editores, 4ª Edición. México. 1992. p.p. 587.

- 6.- CUELLO Calón. Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Editorial Nacional, S.A.. 9ª Edición. México, 1993. p.p. 788.

7.- DÍAZ De León. Marco Antonio. Diccionario de derecho procesal Penal, T.1, 1º Edición, México, 1986. p.p. 673.

8.- JIMÉNEZ de Asúa. Derecho Penal, Editorial Reus, España 1969. p.p. 732.

9.- JIMÉNEZ de Asúa. Luis. Tratado de Derecho penal, T. 111. Editorial Porrúa, S.A., 32ª Edición, México, 1992. p.p. 533.

10.- JIMÉNEZ Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T.1, Introducción al estudio de las Figuras Típicas. Editorial Porrúa. S.A., 7ª Edición. México 1986. p.p. 563.

11.- PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, s.a., 3ª Edición, México, 1983. p.p. 585.

12.- PORTE Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969. p.p.380.

13.- VILLALOBOS. Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa. S.A., 18ª Edición, México, 1988. p.p. 365.

LEGISLACIÓN:

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código penal para el Estado de Guanajuato.
- 3.- Código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato.

OTRAS FUENTES:

- 1.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S. A., 7ª Edición, México, 1994.
- 2.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Selecciones del Reader`s Digest. Varios tomos, México, 1977.